Der Untermaklervertrag und seine Rechtsfolgen

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Bayerischen Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Kurt Lang, Gerichtsreferendar in Berlin

Approbiert am 3. Juni 1931

31:259

Referent:

Prof. Dr. Locher

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549628_0047

Disposition.

I. Der Untermaklervertrag. Seite

1. Definition des Untermaklervertrags 7
2. Abgrenzung des Untermaklervertrags von den gesetzlich geregelten Verträgen 8
   insbesondere a) von der Gesellschaft . . . . . 8—11
   b) vom Maklervertrage . . . . . 11—13

II. Rechtsstellung des Untermaklers.

1. Rechte des Untermaklers.
   a) Der Anspruch auf Vergütung und seine Entstehung 14—18
   b) Spätere Einflüsse auf die vom Untermakler verdiente Vergütung . . . . . 18—22
   c) Recht auf Auslagenerstattung und Auskunftserteilung . . . . . 22—24
2. Pflichten des Untermaklers aus dem Untermaklervertrage.
   a) Tätigkeitspflicht 24
   b) Treupflichten . . . . . 24—27

III. Rechtsstellung des Hauptmaklers.

1. Rechte des Hauptmaklers.
   a) Substitutionsrecht . . . . . 27—32
   b) Weisungs- und Widerrufsrechte . . . . . 32—33
2. Pflichten des Hauptmaklers.
   a) Entlohnungspflicht . . . . . 33—34
   b) Anzeigepflicht . . . . . 34—37
   c) Haftung für Verschulden des Untermaklers . . . 37—38
   d) Haftung für zurückzuzahlenden Maklerlohn . . . 38—39

IV. Erlöschen des Untermaklervertrags . . . 39—40

Literaturverzeichnis.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts erläutert von Busch, Erler, Lobe, Michaelis, Degg, Sayn, Schliewen und Seyffarth. 7. Aufl. 1929.

Crome: Partiarische Rechtsgeschäfte. 1897.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht. 3. und 4. Aufl. 1905/1915.

Dove-Meyerstein: Gutachten über Handelsgebräuche. 2. Bd. 1912, 3. Bd. 1926.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. 1930.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. und 9. Aufl.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. 31./35. Aufl. 1930.

Groener: Die Rechtsstellung des Untermaklers. 1919.

Heymann, Ernst: Der Handelsmakler in Ehrenbergs Handbuch, 5. Bd., 1. Lieferung, 1. Hälfte.

Jacusiel: Das Recht der Makler. 3. Aufl.

Jäger: Kommentar zur Konkursordnung. 6. und 7. Aufl.

Jaffé: Die Rechtsstellung des Untermaklers, in „Das Recht", 1919, S. 152 ff.

Josef: Gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse, in Holdheims Monatsschrift 1917, S. 97 und 150 ff.

Klein: Die Anzeigepflicht im Schuldrecht. 1908.

Knoke: Das Recht der Gesellschaft. 1901.

Kohler: Die Anzeigepflicht im Zivilrecht, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 25, S. 164 ff.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 1906.

Lehmann: Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht. 1906.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag. 1902.

Die Motive zu dem Entwurf eines BGB. 2. Aufl. 1896.

Oertmann: Kommentar zum BGB. 1. Bd., 3. Aufl., 1927, 2. Bd., 5. Aufl., 1928/29.

Oertmann: Die Rechtsbedingung. 1924.

Planck: Kommentar zum BGB. II. 4. Aufl. 1928.

Reichel: Die Maklerprovision. 1913.

Riezler: Der Werkvertrag nach dem BGB. 1900.

Silberschmidt: Das gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis, in ZHR. 75, S. 465 ff.

Staub: Kommentar zum HGB. 12. und 13. Aufl. 1926.

Staudinger: Kommentar zum BGB. 9. Aufl. 1929.

Wollstein: Die rechtliche Stellung des Untermaklers nach dem BGB. 1919.

Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte

in:

Juristische Wochenschrift.

Das Recht.

Die Deutsche Juristenzeitung.

Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

I. Der Untermaklervertrag.

1. Definition des Untermaklervertrages.

Makler ist derjenige, dem für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder für die Vermittlung eines Vertrages ein Lohn vom Geschäftsherrn versprochen wird (§ 652 BGB.). Häufig zieht der Makler selbst eine weitere Person hinzu, ohne daß diese selbst Kontrahentin des Maklervertrages wäre. Der Inhalt des lediglich zwischen dem Makler und dem Dritten geschlossenen Vertrages ist häufig der, daß der Dritte den Makler gegen Vergütung dabei unterstützen soll, den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages (des sogenannten Hauptgeschäftes) oder die Vermittlung dieses Vertrages zu bewirken. Der vom Makler so hinzugezogene Dritte wird als Untermakler bezeichnet. Eine derartige Vereinbarung zwischen Makler und Untermakler ist ein Vertrag eigener Art, der, wie hier dargelegt werden wird, keiner der durch das Gesetz geregelten Vertragsarten entspricht und den man seit der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 88 S. 1 ff. mit dem Namen „Untermaklervertrag" bezeichnet. Dieser Untermaklervertrag hat nur das zum wesentlichen Inhalt, daß der Untermakler vom Makler einen Lohn für die Verschaffung der Unterlagen versprochen bekommt, auf Grund deren dieser dem Geschäftsherrn die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages nachweist oder den Abschluß vermittelt (so RG. in 88, 1 und JW. 1929, 3498). Um einen derartigen Vertrag, der nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts lediglich nach den §§ 157, 242 auszulegen ist und für den gewisse grundsätzliche Eigenheiten des Maklervertrages bestimmend sein müssen, in seinen Grundzügen inhaltlich festzustellen, und um der rechtlichen Stellung seiner Kontrahenten eine verständnisvolle Würdigung zuteil werden zu lassen, bedarf es einer Abgrenzung von anderen, im Gesetzbuch geregelten Vertragstypen einerseits, andererseits aber einer Gegenüberstellung ähnlicher, ihm im wesentlichen entsprechender Vertragsarten, deren Rechtsnormen für ihre Anwendbarkeit auf den hier zu behandelnden Vertrag zu prüfen sind.

2. Die Abgrenzung des Untermaklervertrages von den gesetzlich geregelten Verträgen.

Da die Vertragsabrede zwischen Makler und Untermakler nur besagt, daß der Untermakler einen Lohn erhalten soll, wenn der Makler auf Grund seiner Unterlagen die Gelegenheit zum Abschluß des Vertrages nachweist oder den Vertrag vermittelt, ergibt sich hieraus zwar, daß der Untermakler den Lohn nur unter gewissen Voraussetzungen erhalten soll, nicht aber, daß der Untermakler eine Verpflichtung zur Herbeischaffung der Unterlagen übernimmt, wie dies S. 24 unten näher dargetan werden wird. Damit ist aber die Unterordnung des Untermaklervertrages unter den Dienst- oder Werkvertrag ausgeschlossen, denn im Dienstvertrage verspricht der eine Teil Dienste, d. h. Tätigkeit oder Arbeit, und im Werkvertrage verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Arbeitserfolges, d. h. eines Werkes. Es geht also beim Dienst- und Werkvertrage derjenige, der eine Entschädigung, einen Lohnanspruch erwirbt, stets eine Verpflichtung zum Tätigwerden, zum Leisten ein. Eine derartige Verpflichtung zur Verschaffung von Unterlagen geht hier aber der Untermakler nicht ein, eine Verpflichtung zur Leistung trifft nur den Makler, der sich zur Zahlung eines Lohnes unter gewissen Voraussetzungen verpflichtet. Mangels einer Verpflichtung des Untermaklers, tätig zu werden oder einen Erfolg herbeizuführen, ist also die Annahme eines Dienst- oder Werkvertrages ausgeschlossen. Ebenso ist der Vertrag zwischen Makler und Untermakler nicht Auftrag im Sinne der §§ 662 ff. BGB., da sich der Beauftragte zur Besorgung eines Geschäftes verpflichtet, also ein Tätigwerden schuldet, der Untermakler eine solche Verpflichtung nicht eingeht; ferner verpflichtet sich der Beauftragte auch zum unentgeltlichen Tätigwerden, während der Untermakler sich ein Entgelt versprechen läßt. Da der dem Untermakler in diesem Vertrage versprochene Lohn meist nicht in einer bestimmt genannten Geldsumme, sondern in einem Anteil an dem Lohn des Maklers besteht, was aber keineswegs dem Vertrage wesentlich ist, so liegt es nahe, in dem Abschluß dieses Vertrages die Gründung einer Gesellschaft zu sehen.

a) Abgrenzung des Untermaklervertrages von der Gesellschaft.

Der Vertrag zwischen Makler und Untermakler begründet aber keine Gesellschaft, wie es allerdings vom Reichsgericht in einer älteren Entscheidung Bd. 18 S. 163 auf Grund gemeinschaftlicher Ausführung des Maklervertrages angenommen worden ist. Zwar würden auf einen Vertrag zur Durchführung eines einzelnen Geschäfts auf gemeinsame Rechnung, d. h. die Gründung einer Gelegenheitsgesellschaft, ebenfalls die Vorschriften des BGB. §§ 705 ff. über die Gesellschaft

zur Anwendung kommen, da die Gelegenheitsgesellschaft einer besonderen gesetzlichen Regelung entbehrt und den Normen der §§ 705 ff. BGB. untersteht[1]); aber die beiden Hauptvoraussetzungen zur Annahme eines Gesellschaftsvertrages zwischen Hauptmakler und Untermakler: Verpflichtung zur Leistung und Zusammenschluß zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes, erfüllt der Untermaklervertrag nicht. Dieser dem Gesellschaftsvertrag notwendige Inhalt ist durch den Vertragsabschluß zwischen Makler und Untermakler nicht begründet. Es fehlt hier zunächst an dem Erfordernis einer Verpflichtung zur Förderung des gemeinsamen Zweckes, selbst wenn wir die Gemeinsamkeit dieses Zweckes unterstellen würden. Eine derartige Verpflichtung kann in einer Verpflichtung zur Leistung von Diensten im weitesten Sinne bestehen. Wir haben aber oben S. 8 schon kurz erwähnt, daß der Untermakler eine derartige Verpflichtung nicht übernimmt. Er verpflichtet sich nicht zu einer Leistung.

Ist dadurch schon die Annahme eines Gesellschaftsvertrages ausgeschlossen, so ist es doch zu einer Erklärung der vom Reichsgericht im Bd. 18 S. 163 vertretenen Ansicht, daß eine Gesellschaft vorliege, erforderlich, auf einen dem Makler und Untermakler gemeinsamen Zweck ihrer Verbindung einzugehen. Der Untermaklervertrag enthält keinen Zusammenschluß zu einem gemeinsamen Zweck, vielmehr will jeder der beiden Kontrahenten nur seinen eigenen Zweck, den Verdienst seines Lohnes, verfolgen. Darüber kann die Tatsache, daß der dem Untermakler im Untermaklervertrage versprochene Lohn meist in einem Anteil an der Provision des Maklers besteht, nicht hinwegtäuschen. Diese Form der Entlohnung läßt lediglich zu dem Untermaklervertrage ein partiarisches Moment hinzukommen[2]), ändert aber an seiner Natur als Vertrag eigener Art nichts und macht ihn nicht zum Gesellschaftsvertrage. Die aus dem Untermaklervertrage resultierende Entlohnung des Untermaklers wird meist nur in der Form einer Gewinnbeteiligung, d. h. in einem Anteil am wirtschaftlichen Erfolge des Maklers festgesetzt. Hier wie bei jedem anderen partiarischen Rechtsgeschäft schließt aber der Makler resp. der Prinzipal die Geschäfte für sich ab als alleiniger, selbständiger Unternehmer, und die Entlohnung wird so vorgenommen, daß der Makler resp. der Prinzipal von seinem Gewinn, den er macht, dem Untermakler resp. dem partiarisch Berechtigten einen Anteil abgibt[3]). Es handelt sich hierbei dann um eine Beteiligung am Gewinn, am wirtschaftlichen Erfolg des Geschäftsherrn. Die Beteiligung am Gewinn ist lediglich eine Form der Gegenleistung des bürgerlichen Rechts an Stelle von festen Geldbeträgen, und es handelt sich hierbei stets um einen vertragsmäßigen Austausch gegenseitiger Leistungen zu Zwecken, die jeder

[1]) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 172 Note 3.
[2]) Crome S. 25.
[3]) So Knoke S. 12 und Crome S. 28.

einzelne Kontrahent für sich verfolgt, im Gegensatz zu der Vereinigung von Leistungen für gemeinsame, d. h. Gesellschaftszwecke[4]). Es verfolgt also bei dem Untermaklervertrage, auch wenn zu diesem ein partiarisches Moment hinzutritt, jeder der beiden Kontrahenten seinen eigenen Zweck, die Erlangung seines Lohnes, wobei es unerheblich ist, daß der Lohn des Untermaklers in einer rechtlichen Beteiligung am Lohn des Hauptmaklers besteht. Der Begriff der partiarischen Rechtsgeschäfte ist erst durch die Arbeit von Crome 1897 grundlegend umrissen worden. Crome stellte fest, daß der Inhalt der partiarischen Rechtsgeschäfte in der rechtlichen Beteiligung eines anderen am Wirtschaftsprodukt desjenigen, durch dessen Mitwirkung die Herstellung des Produktes gelang, besteht[5]), und daß dieses partiarische Moment nur zu andersartigen, in ihren Voraussetzungen und Wirkungen selbständig bestimmten Rechtsverhältnissen hinzutritt, ohne daß das Geschäft den Regeln der Sozietät zu unterwerfen sei[6]). Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung Bd. 18 S. 163, von dem damaligen Standpunkt der Rechtslehre ausgehend (wobei von den damals bekannten Vertragstypen lediglich die Gesellschaft ein Leistungsentgelt in Form einer Gewinnbeteiligung aufwies), den Untermaklervertrag, der meist in partiarischer Form abgeschlossen wird, als Gesellschaftsvertrag angesehen. Wir haben aber oben ausgeführt, daß auch bei dem in partiarischer Form geschlossenen Untermaklervertrage jeder Kontrahent nur seinen eigenen Zweck verfolgt, so daß ein Zusammenschluß der Leistungen zu einem gemeinsamen Zweck, wie sie die Gesellschaft des BGB. erfordert, nicht vorliegt. Die Gesellschaft unterscheidet sich von einem partiarischen Rechtsgeschäft nicht allein durch die Gemeinschaftlichkeit der auf Gewinn gerichteten Tätigkeit, sondern auch durch eine bis zu einem gewissen Grade gemeinschaftliche Wirtschaftsorganisation. Mindestens im Innenverhältnis muß der Abschluß der Gesellschaftsgeschäfte auf gemeinsame Rechnung erfolgen und jedem Kontrahenten des Gesellschaftsvertrages müssen als Geschäftsherrn gewisse Kontrollrechte zustehen. Alle diese Erfordernisse weist der Vertrag zwischen Makler und Untermakler nicht auf. Eine eventuell vereinbarte Gewinnbeteiligung des Untermaklers ist ausschließlich Gegenleistung für seine Tätigkeit. Der Makler allein schließt den Untermaklervertrag, und der Untermakler kann Kontrollrechte nur beanspruchen, soweit sie zur Prüfung seines Anspruchs erforderlich werden (vgl. unten S. 23 f.).

Oft genügen die Verträge, die zur Begründung einer Gesellschaft nicht ausreichen, zur Begründung eines gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisses, auf das dann die Normen der §§ 705 ff. BGB. teilweise Anwendung finden können. Das gesellschaftsähnliche Rechts-

[4]) Vgl. Staudinger, Vorbem. II, 5 zu § 705.
[5]) Crome S. 27.
[6]) Crome S. 25 und RG. 57, 177.

verhältnis ist nach Silberschmidt[7]) und Josef[8]) eine Vereinigung, die den Anforderungen des Gesellschaftsbegriffes nicht genügt, innerhalb deren aber als Gegenleistung ein Anteil am Ertrage eingeräumt wird, so daß auch hier ein Zusammenwirken auf den Vorteil des einzelnen Beteiligten hin entsteht, nicht aber zu dem gemeinsamen Zweck einer Rechtsgemeinschaft am Unternehmen, welcher dieser Vorteil zugute käme. Der Vertrag zwischen Makler und Untermakler in seiner partiarischen Form ist aber deshalb kein gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis, weil dieses eine Verknüpfung wirtschaftlicher Beziehungen in Vertrauensverhältnissen für längere Zeit erfordert[9]). Mit dieser Auffassung stimmt die Rechtsprechung des Reichsgerichts in 53, 19 und 78, 298 überein. Würde daher der Makler mit einem Untermakler einen Vertrag des Inhalts schließen, daß dem Untermakler für die Verschaffung von Unterlagen für dessen *gesamte* Maklertätigkeit ein bestimmter Teil an dessen Vergütung versprochen wird, so wäre darin ein gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis zu erblicken, auf das dann in gewissem Umfang die Regeln der §§ 705 ff. BGB. Anwendung finden würden. Der Vertrag zwischen Makler und Untermakler aber, den die Parteien lediglich für ein einzelnes Maklergeschäft schließen, kann nicht als gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis angesehen werden.

b) *Abgrenzung des Untermaklervertrages vom Maklervertrage.*

Es liegt nahe, den Vertrag zwischen Makler und Untermakler zu dem Maklervertrage selbst in Beziehung zu setzen. Im Maklervertrage ist gemäß § 652 BGB. dem Makler für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder für die Vermittlung eines Vertrages ein Lohn versprochen für den Fall, daß der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande kommt. Inhalt des Vertrages zwischen Makler und Untermakler ist, daß der Makler dem Untermakler einen Lohn für die Verschaffung von Unterlagen verspricht, auf Grund deren *dieser* dem Geschäftsherrn den Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder die Vermittlung eines Vertrages bewirken kann. Der Untermakler soll also dem Makler die Unterlagen für einen Nachweis oder für eine Vermittlung eines Vertrages (des Hauptgeschäftes) verschaffen, soll also wie der Makler selbst eine den Abschluß des Hauptgeschäfts vorbereitende Tätigkeit innerhalb der Tätigkeit des Maklers, seines Geschäftsherrn, ausüben. Der Makler selbst steht zwischen den Parteien des Hauptgeschäfts, der Untermakler, der nur in vertraglichen Beziehungen zum Makler steht, soll nur zu dessen Unterstützung tätig werden. Die Tätigkeitsaufgabe des Untermaklers ist zwar teleo-

[7]) ZHR. 79, 465.
[8]) S. 97 ff.
[9]) So Silberschmidt S. 478/479.

logisch dieselbe wie die des Hauptmaklers, das endliche Ziel beider ist das Zustandekommen des Hauptgeschäfts. Die Tätigkeit des Untermaklers ist jedoch insofern beschränkt, als er die Tätigkeit des Hauptmaklers nur teilweise übernehmen, ihn lediglich unterstützen soll, und der Hauptmakler stets zwischen dem Versprecher des Maklerlohnes (dem Auftraggeber) einerseits und dem Untermakler andererseits als des letzteren Geschäftsherrn steht. Der Hauptmakler verbleibt als ein selbständiges Rechtssubjekt zwischen den Kontrahenten des Hauptgeschäfts. Der Untermakler soll dem Hauptmakler nur unterstützende, vorbereitende Hilfe leisten, nicht aber die ganze Maklertätigkeit an Stelle des Hauptmaklers übernehmen. Würde der Vertrag zwischen Untermakler und Hauptmakler dem Untermakler die Stellung eines Substituten des Hauptmaklers einräumen, so enthielte dieser Vertrag nur eine Delegation der Rechte und Pflichten aus dem Maklervertrage, der Untermakler würde zum Hauptmakler, er würde gänzlich in die Rechtsstellung des Hauptmaklers aus dem Maklervertrage eintreten. Mit dem Untermaklervertrag ist aber seinem Inhalte nach eine derartige Substitution gar nicht vereinbar, denn der Untermakler erhält ja Lohn für Verschaffung der Unterlagen, auf Grund deren der Hauptmakler dem Geschäftsherrn die Vertragsvermittlung oder Gelegenheitsnachweisung bewirkt. Eine derartige Befugnis zur Bestellung eines Substituten steht dem Makler auch nicht zu, während er sich eines Gehilfen auch für die eigentliche Maklertätigkeit, d. h. Vertragsvermittlung oder Gelegenheitsnachweisung, bedienen kann, wie dies auf S. 27 unten näher ausgeführt werden wird. Eine Substituierung ist etwas ganz anderes als die Herbeiziehung von Gehilfen, denn bei der Substitution wird die Geschäftsführungspflicht vollständig abgegeben; wird sie nur teilweise abgegeben und der Dritte nur zur Unterstützung herangezogen, so liegt keine Substitution, sondern Herbeiziehung von Gehilfen vor (vgl. die grundlegende Entscheidung des RG. in 78, 312). Besteht also für den Makler grundsätzlich keine Befugnis zur Bestellung eines Substituten, so braucht der Auftraggeber die Erledigung des Maklerauftrages durch den zu Unrecht bestellten Substituten sich gegenüber nicht gelten zu lassen[10]). Dies für den Auftrag Ausgeführte auf den Maklervertrag übertragen heißt, daß eine Vermittlung durch Substituten nicht vertragsmäßige, daher nicht lohnpflichtige Vermittlung ist. Da naturgemäß nur die im Rahmen der Rechte des Maklers geschlossenen Verträge, die ihm seinen Lohnanspruch erhalten, eine Würdigung erfahren sollen, so ist, da der Untermakler nicht Substitut des Maklers sein kann und sein darf, der Vertrag zwischen Makler und Untermakler nicht als Maklervertrag anzusehen, denn der Makler bleibt als selbständiges Rechtssubjekt zwischen dem Untermakler und dem Kontrahenten des Hauptgeschäfts bestehen.

[10]) Vgl. RG. 78, 315.

Der Untermaklervertrag ist ein eigenartiger Hilfsvertrag zur Erreichung der Ziele des Hauptmaklervertrages, der als contractus sui generis keiner der im Gesetz geregelten Vertragstypen untersteht.

Maklervertrag würde der Vertrag zwischen Makler und Untermakler dann sein, wenn der Makler dem Untermakler die Vergütung für den Nachweis oder die Vermittlung eines Maklerauftrages versprechen würde. Ein solches Versprechen ist aber etwas ganz anderes als die von uns eingangs angeführte Vereinbarung zwischen Makler und Untermakler, wo die Vergütung dem Untermakler für seine Unterstützung bei der eigenen Vermittlungstätigkeit des Maklers versprochen wird. Hieraus folgt aber keineswegs, daß der Abschluß eines Untermaklervertrages das Bestehen eines Maklervertrages zwischen Makler und Geschäftsherrn zur Zeit des Abschlusses notwendig voraussetzte, wie Groener dies S. 21 tut. Vielmehr kann auch der Abschluß des Untermaklervertrages dem Abschluß des Hauptmaklervertrages vorausgehen, nur daß seine rechtliche Wirksamkeit aufschiebend bedingt ist, er also erst mit Abschluß des Hauptmaklervertrages wirksam wird. Denn warum soll sich eine Person, der in Bälde ein Maklerlohn versprochen werden wird, nicht schon vorher der Hilfe eines Untermaklers versichern können?

Da der Vertrag zwischen Makler und Untermakler nicht selbst Maklervertrag ist und damit unter keine der im BGB. geregelten Vertragsarten fällt, ergibt sich, daß dieser ein Vertrag eigener Art ist, und zwar wird dieser Vertrag vom Makler zur Erreichung der Ziele des Maklervertrages geschlossen, der Makler sichert sich durch diesen Vertrag die Hilfe eines Untermaklers. Der Untermaklervertrag ist daher Hilfsvertrag zur Erreichung der Ziele des Maklervertrages, und daraus folgt, daß, wie das Reichsgericht in 88, 1 sagt, gewisse grundsätzliche Eigenheiten des Maklervertrages auch für den Untermaklervertrag bestimmend sein müssen[11]). Diese Eigenheiten des Maklervertrages, die auch auf den Untermaklervertrag anwendbar sind, werden wir aber erst gelegentlich der den Untermakler und Hauptmakler betreffenden einzelnen Rechte und Pflichten behandeln.

Es sei noch bemerkt, daß es sich bei der Behandlung des Untermaklervertrages erübrigt, auf die Regelung, die dem Handelsmakler in den §§ 93 bis 104 des HGB. zuteil geworden ist, näher einzugehen; diese enthalten nur Sonderregeln, die für das Verhältnis zwischen Hauptmakler und dem Kontrahenten des Hauptgeschäfts von Bedeutung sind und grundsätzlich für das interne Verhältnis zwischen Makler und Untermakler keine Bedeutung haben. Dieses ist vielmehr allein auf Grund der allgemeinen Vorschriften des BGB., Recht der Schuldverhältnisse, zu beurteilen.

[11]) Ebenso RG. in JW. 1916 S. 586 und 1918 S. 301, ferner Jacusiel S. 156 und Anm. zu JW. 1930 S. 1498.

II. Rechtsstellung des Untermaklers.

1. Rechte des Untermaklers.

a) Der Anspruch auf Vergütung und seine Entstehung.

Das wichtigste Recht, das dem Untermakler aus dem Untermaklervertrage zusteht, ist sein Anspruch auf die ihm zugesagte Vergütung. Dieser Anspruch kann nur gegen den Makler, nicht gegen den Geschäftsherrn gerichtet sein, denn zu dem letzteren steht der Untermakler grundsätzlich in keinem Rechtsverhältnis. Der Untermakler ist lediglich Kontrahent des Maklers, und zwar schließt der Makler den Untermaklervertrag für sich ab, der Makler handelt hierbei im eigenen Namen. Einen Anspruch gegen den lohnversprechenden Auftraggeber hat regelmäßig nur der Makler, es sei denn, daß im Maklervertrage besonders zum Ausdruck gekommen ist, daß der Untermakler gemeinsam mit dem Makler gegenüber dem Geschäftsherrn provisionsberechtigt sein solle[12]). Dies aber ist durchaus nicht die Regel, sondern es wird grundsätzlich daran festzuhalten sein, daß der Lohnanspruch des Untermaklers sich nur gegen den Hauptmakler richtet. Auch dadurch, daß der vom Makler bestellte Untermakler mit dem Auftraggeber unmittelbar in Verbindung tritt, kommt allein noch kein Vertrag zwischen dem Geschäftsherrn und dem Untermakler zustande[13]). Namentlich wird mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung dann ein Maklervertrag zwischen dem Geschäftsherrn und dem Untermakler nicht anzunehmen sein, wenn der Geschäftsherr weiß, daß er es mit einem vom Makler bestellten Untermakler zu tun hat. Grundsätzlich und mangels einer besonderen Vereinbarung ist daher nur der Makler Schuldner des dem Untermakler versprochenen Lohnes.

Es ist nun zu prüfen, wann der Lohnanspruch des Untermaklers gegen den Hauptmakler entsteht. Daraus, daß der Untermaklervertrag ein Hilfsvertrag zum Maklervertrage ist und beiden Verträgen, sowohl dem Maklervertrage wie dem Untermaklervertrage das Ziel: das Zustandekommen des Hauptgeschäfts, gemeinsam ist, muß gefolgert werden, daß auch der Lohnanspruch des Untermaklers in seiner Entstehung zuerst einmal von dem Abschluß des Hauptgeschäfts abhängig sein muß. Der Lohnanspruch des Maklers selbst entsteht auf Grund des Maklervertrages, falls nichts anderes vereinbart worden ist, erst dann, wenn das Hauptgeschäft infolge der Tätigkeit des Maklers zustande gekommen ist (§ 652 BGB.). Da der Makler sich durch den Abschluß des Untermaklervertrages die Hilfe des Untermaklers für die Vertragsvermittlung oder Gelegenheitsnachweisung gesichert hat, soll ihn der Hauptmakler lediglich bei der eigenen Maklertätigkeit unterstützen, und es ist sinngemäß der Wille der Vertragsparteien, daß

[12]) Vgl. Staub Anm. 34 vor § 93.
[13]) Vgl. Reichel S. 188.

die Pflicht zur Zahlung des Untermaklerlohnes nur dann entstehen soll, wenn ihre gesamte Maklertätigkeit von Erfolg gewesen, d. h. das Hauptgeschäft zustande gekommen ist und der Makler seinen Lohn vom Geschäftsherrn verdient hat. Bei der losen rechtlichen Bindung, die dem Untermaklervertrage eigen ist (der Untermakler verpflichtet sich ja nicht zur Verschaffung der Unterlagen), übernimmt der Makler nicht schlechthin eine Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Untermakler, vielmehr will er frühestens dann zur Zahlung verpflichtet sein, wenn der erstrebte Erfolg eingetreten, d. h. sein Lohnanspruch gegen den Geschäftsherrn entstanden ist, und da das wiederum nur bei Zustandekommen des Hauptgeschäfts der Fall ist, ist der Abschluß des Hauptgeschäfts die erste Voraussetzung für den Lohnverdienst des Untermaklers.

Weiter ist aber der Lohnanspruch des Untermaklers noch davon abhängig, daß der Abschluß des Hauptgeschäfts durch den Makler auf Grund der vom Untermakler verschafften Unterlagen erfolgt ist. Wie der Makler einen Lohnanspruch nur dann erwirbt, wenn das zustande gekommene Hauptgeschäft auf seiner Vermittlung oder Nachweisung beruht, so ist auch aus der Natur des Untermaklervertrages als eines Hilfsvertrages zum Maklervertrage und daraus, daß dieser beiden Verträge Ziel der Abschluß des Hauptgeschäftes ist, zu folgern, daß der Untermakler nur dann einen Lohnanspruch gegen den Hauptmakler erwirbt, wenn das Hauptgeschäft infolge der Tätigkeit des Hauptmaklers auf Grund der vom Untermakler verschafften Unterlagen abgeschlossen worden ist. Man wird sich für das Zustandekommen des Hauptgeschäftes infolge der Tätigkeit der Makler auf den Standpunkt stellen müssen, daß die Maklertätigkeit conditio sine qua non für den Abschluß des Hauptgeschäfts sein muß, die durch die Tätigkeit des Maklers gesetzte Bedingung darf für den Abschluß des Hauptgeschäfts objektiv nicht unerheblich gewesen sein[14]). Die von Reichel S. 129 vertretene Verdienstlichkeits- oder Zurechnungstheorie, die nur Förderung des zustande gekommenen Hauptgeschäfts durch die Maklertätigkeit in subjektiv verdienstlicher Weise erfordert, erregt die Bedenken, daß es bei der Maklertätigkeit nur auf deren Erfolg, den „objektiven Nutzen", ankommt, wie Heymann[15]) sagt, und daß eine bloß subjektiv verdienstliche Förderung auf eine Dienstleistung herauskommt, während vom Makler eine Erfolgsleistung, die stets nur objektiv gemessen werden kann, erfordert wird. Die Reichelsche Theorie ist de lege lata nicht zu verteidigen. Daß sie auch im Widerspruch zum Wortlaut des § 652 BGB. steht, gibt Reichel[16]) selbst zu, da er das Wort „infolge" (des Nachweises oder der Vermittlung) ersetzen will durch „dank" (des Nachweises).

[14]) So Heymann S. 422.
[15]) S. 423.
[16]) S. 129.

Ebenso wie dem Makler steht also dem Untermakler ein Lohn nur dann zu, wenn das zustande gekommene Hauptgeschäft adäquat kausal auf seiner Mitwirkung beruht. Ein wichtiger Unterschied zwischen der Stellung des Untermaklers und der des Maklers ergibt sich daraus, daß der Makler selbst unmittelbar für eine Partei des Hauptgeschäfts tätig wird, während der Untermakler es nur mit dem Makler, der Mittelsperson des Kontrahenten des Hauptgeschäfts, zu tun hat und zwischen ihm und seiner Tätigkeit einerseits und dem Abschluß des Hauptgeschäfts andererseits noch der Hauptmakler und seine Tätigkeit steht. Sein Lohnverdienst ist einmal davon abhängig, daß das Hauptgeschäft auf Grund der Tätigkeit des Maklers zustande gekommen ist, zum anderen aber davon, daß diese Tätigkeit des Maklers auf Grund der vom Untermakler verschafften Unterlagen entfaltet worden ist. Die Stellung des Untermaklers ist schon deshalb eine wesentlich schwächere als die des Maklers, weil dieser nach freiem Belieben darüber entscheiden kann, ob er die vom Untermakler verschafften Unterlagen zu seiner eigentlichen Maklertätigkeit benutzen will oder nicht. Daß die Benutzung der vom Untermakler verschafften Unterlagen durch den Hauptmakler in dessen freiem Belieben steht, folgt wiederum daraus, daß für den Untermaklervertrag als Hilfsvertrag zum Maklervertrage die grundsätzlichen Erwägungen für den Maklervertrag Platz greifen müssen. Es ist unbestritten, daß der Geschäftsherr dem Makler gegenüber nicht verpflichtet ist, das Hauptgeschäft auf Grund der Tätigkeit des Maklers abzuschließen, daß es vielmehr im freien Belieben des Geschäftsherrn steht, ob er von der durch den Makler vermittelten Abschlußgelegenheit Gebrauch machen will. Ebensowenig aber wie der Geschäftsherr in seiner freien Bestimmung gebunden ist, kann der Makler verpflichtet sein, die vom Untermakler verschafften Unterlagen zu seiner Vermittlungstätigkeit zu benutzen; denn der Hauptmakler ist der eigentliche Vermittler des Hauptgeschäfts, nur er steht in rechtlichen Beziehungen zum Geschäftsherrn, er wird als dessen Vertragskontrahent wissen, wie der Vertrag beschaffen sein soll, den der Geschäftsherr zu schließen gewillt ist, er allein ist unter Umständen dem Geschäftsherrn verantwortlich und schadensersatzpflichtig. So muß es auch im freien Belieben des Maklers stehen, ob er die Unterlagen des Untermaklers für seine Maklertätigkeit benutzen will[17]). Der dem Untermakler vom Makler versprochene Lohn ist, wie wir dargetan haben, nur dann verdient, wenn das Hauptgeschäft infolge der Tätigkeit des Maklers auf Grund der vom Untermakler verschafften Unterlagen zustande gekommen ist.

Man wird aber regelmäßig den Lohnanspruch des Untermaklers nicht noch davon abhängig machen können, daß der Maklerlohn vom Geschäftsherrn an den Makler auch ausgezahlt worden ist. Dies

[17]) Vgl. Jacusiel S. 154, Heymann S. 473, RG. in 88, 3, JW. 16, 586 und 18, 301.

stände in Widerspruch zu dem Grundsatze, daß die Normen des Maklervertrages auf den Untermaklervertrag weitgehendst Anwendung finden müssen. Denn gemäß § 652 BGB. ist der Maklerlohn des Hauptmaklers schon dann verdient, wenn das Hauptgeschäft zustande gekommen ist. Es wird nicht noch erfordert, daß auch das vermittelte Hauptgeschäft zur Ausführung gekommen ist, vielmehr sichert schon allein der Abschluß des Hauptgeschäfts dem Makler den Lohn im Gegensatz zur gesetzlichen Regelung beim Handlungsagenten, dem seine Vergütung gemäß § 88 HGB. erst bei Ausführung des durch seine Tätigkeit zustande gekommenen Geschäfts gebührt. Die Anwendung maklerrechtlicher Erwägungen auf den Untermaklervertrag spricht also dafür, auch den Lohnanspruch des Untermaklers nicht davon abhängig zu machen, daß der Geschäftsherr an den Makler den Maklerlohn gezahlt hat[18]). Allerdings bestehen bei dem Maklervertrage, soweit es sich um Grundstücks- und Hypothekenvermittlung handelt, Handelsgebräuche, die ohne Rücksicht darauf, ob es sich um ein partiarisches Rechtsgeschäft handelt, die Fälligkeit der Provision des Untermaklers von dem Eingang der Provision beim Hauptmakler abhängig machen[19]). Wenn sich in der Entscheidung des Reichsgerichts in JW. 1918 S. 301/302 der Satz findet, daß dem Makler nicht zugemutet werden könne, dem Untermakler eine Provision zu zahlen, die ihm selbst nicht gewährt würde, so spricht das nicht gegen die hier vertretene Auffassung. Denn in diesem vom Reichsgericht entschiedenen Falle handelt es sich um einen Untermaklervertrag, in dem dem Untermakler nicht ein ziffernmäßig bestimmter Lohn versprochen wurde, sondern ein Anteil am Gewinn des Hauptmaklers. Handelt es sich aber wie in diesem Falle um einen partiarischen Untermaklervertrag, so ist die Rechtslage bezüglich des Zeitpunktes, in dem der Anspruch des Untermaklers gegen den Makler auf Zahlung der Vergütung entsteht, eine ganz andere als beim reinen Untermaklervertrage. Dann allerdings ist der Anspruch des Untermaklers gegen den Makler davon abhängig, daß der Geschäftsherr auch an den Makler gezahlt hat. Dies folgt nicht aus dem Untermaklervertrage als solchem, sondern ist eine Abweichung, die dadurch entsteht, daß die Vergütung aus dem Untermaklervertrage in partiarischer Form vereinbart worden ist. Denn ein Untermaklervertrag, der als partiarisches Rechtsgeschäft abgeschlossen ist, enthält die Vereinbarung, daß der Untermakler für seine Tätigkeit einen bestimmten Anteil am Gewinn des Maklers erhalten soll. Ist nun das Hauptgeschäft abgeschlossen worden, und zwar infolge der Tätigkeit des Maklers auf Grund der Unterlagen des Untermaklers, so entsteht ein Zahlungsanspruch des Untermaklers gegen den Makler erst dann, wenn dieser Zahlung erhalten hatte. So

[18]) Im Ergebnis übereinstimmend: Jacusiel S. 156, 157, Heymann S. 472, RG. 88, 3 und Kammergericht in JW. 1930, S. 1421; a. A. Wollstein S. 16.
[19]) Vgl. Dove-Meyerstein II Nr. 235, S. 62 und III Nr. 332 S. 61.

auch Crome S. 438: „Es wird also durch die partiarische Vereinbarung, welche den Maklervertrag so wenig wie die gleichnamige Verabredung beim Agenturverhältnis zu einem Gesellschaftsvertrage umprägt, eine auf dem Parteiwillen beruhende Abweichung von der dispositiven Vorschrift des § 652 BGB. herbeigeführt."

Vor der Zahlung an den Makler besteht der Gewinn des Maklers nur in einer Forderung gegen den Geschäftsherrn. Der partiarisch berechtigte Untermakler kann in einem solchen Falle lediglich Abtretung seines Anteils an der Makler-Lohnforderung verlangen. Ein Zahlungsanspruch steht ihm gegen den Makler nicht zu, da er nur einen Anteil am Gewinn des Maklers verlangen kann, dieser Gewinn aber nicht ausbezahlt worden ist, sondern vorläufig erst im Erwerbe einer Forderung besteht. So ist also im Falle des partiarischen Untermaklervertrages die vom Reichsgericht in JW. 1918 S. 301/302 vertretene Ansicht, daß der Makler nicht aus eigener Tasche zu zahlen brauche, nicht zu beanstanden, denn der partiarisch Verpflichtete schuldet den Anteil am Gewinn. Besteht dieser nur in einer Forderung, so ist er zur Auszahlung dieses Anteils an der noch ausstehenden Forderung nicht verpflichtet. Vgl. Crome, der S. 430 sagt, daß beim partiarischen Maklervertrage der Lohn des Maklers erst dann geschuldet werde, wenn das zustande gekommene Geschäft dem Auftraggeber tatsächlichen Gewinn gebracht hat.

Gegenstand unserer Arbeit ist in erster Linie der Untermaklervertrag als solcher, d. h. die Erforschung des ihm wesentlichen Inhalts, und der partiarische Untermaklervertrag – · mag er auch praktisch am häufigsten auftreten — ist erst nach Feststellung dieses grundsätzlichen Vertragsinhalts rechtlich zu würdigen, da, wie Crome S. 25 sagt, das partiarische Moment lediglich zu andersartigen, in ihren Voraussetzungen und Wirkungen selbständig bestimmten Rechtsverhältnissen hinzutritt. Es ist also in erster Linie der reine Untermaklervertrag in seinen Voraussetzungen und Wirkungen selbständig zu bestimmen, ehe auf den Einfluß des hinzukommenden partiarischen Momentes einzugehen ist.

b) Spätere Einflüsse auf die vom Untermakler verdiente Vergütung.

Der Lohnanspruch des Untermaklers ist grundsätzlich nicht davon abhängig, daß dem Makler vom Geschäftsherrn Zahlung des Maklerlohnes geleistet worden ist. Der Untermakler hat einen Lohnanspruch gegen den Makler, der im allgemeinen nach seiner Entstehung nicht mehr verlorengehen kann, es sei denn, daß das Hauptgeschäft, z. B. wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung, von einem seiner Kontrahenten angefochten wird, ex tunc nichtig ist, demnach auf Grund dieser Rückwirkung ein Anspruch auf Maklerlohn gar nicht entstanden ist und der schon gezahlte Maklerlohn auf Grund ungerechtfertigter

Bereicherung zurückgefordert werden kann[20]). Der Anspruch des Untermaklers wird auch dadurch nicht mehr berührt, daß der Makler nach Abschluß des Hauptgeschäfts auf seinen Maklerlohn dem Geschäftsherrn gegenüber verzichtet, da wie wir oben S. 14 f. gesehen haben, lediglich das Zustandekommen des Hauptgeschäfts, nicht der Zahlungseingang den Lohnanspruch des Untermaklers zum Entstehen bringt.

Wesentliche Abweichungen ergeben sich jedoch dann, wenn der Untermakler einen Anteil am Gewinn des Hauptmaklers als Vergütung versprochen erhalten hat. Der Anspruch des partiarisch berechtigten Untermaklers auf Zahlung des Lohnes entsteht dann, wie S. 17 ausgeführt, erst mit der Zahlung vom Geschäftsherrn an den Hauptmakler. Vorher besteht seit dem Zustandekommen des Hauptgeschäfts nur ein Anspruch auf teilweise Abtretung der dem Hauptmakler gegen den Geschäftsherrn zustehenden Forderung. Dieses Recht des Untermaklers, die Abtretung der Forderung gegen den Geschäftsherrn insoweit zu verlangen, als dieser ihn am Gewinn beteiligt hat, ist aus der Eigenheit des partiarischen Rechtsgeschäfts abzuleiten; der Makler ist verpflichtet, dem Untermakler seinen Anteil am Gewinn zukommen zu lassen; für den Fall, daß der Lohn an den Makler ausgezahlt wird, ist er zur Zahlung verpflichtet; für den Fall, daß er nur eine Forderung auf den Lohn erworben hat, hat sich der Makler im Falle der Entstehung der Forderung implicite durch Abschluß des Untermaklervertrages mit partiarischer Abrede zur Abtretung verpflichtet. Diese Abtretungspflicht tritt insbesondere dann in Erscheinung, wenn der Makler es unterläßt, seinen Lohnanspruch gegen den die Zahlung verweigernden Geschäftsherrn zu verfolgen[21]). Für den nicht partiarisch berechtigten Untermakler ist dieser Fall theoretisch bedeutungslos, da er seinen Lohn mit dem Zustandekommen des Hauptgeschäfts vom Makler beanspruchen kann. — Hat der Makler den Untermakler im voraus bezahlt und würde sich später herausstellen, daß dessen Tätigkeit für das zustandegekommene Geschäft nicht mittelbar kausal gewesen ist, so könnte das Gezahlte auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert werden (§ 812 BGB.). Verweigert der Geschäftsherr nach dem Abschluß des Hauptgeschäfts, das infolge der Maklertätigkeit auf Grund der Unterlagen des Untermaklers zustande gekommen ist, die Zahlung des Maklerlohnes, so ist dies für das Verhältnis zwischen Makler und Untermakler rechtlich unerheblich, da ja der Anspruch des Untermaklers mit Zustandekommen des Hauptgeschäfts infolge der Maklertätigkeit auf Grund seiner Unterlagen entsteht. Man kann z. B. dem Untermakler seinen Anspruch gegen den Makler nicht deshalb versagen, weil der Makler nach Benutzung der Unterlagen des Untermaklers und erfolgreicher Makler-

[20]) Vgl. RG. 76 S. 354.
[21]) Vgl. Heymann S. 473 und Bondi JW. 1918 S. 301.

tätigkeit dann seines Lohnanspruchs aus dem Maklervertrage infolge seines alleinigen Verschuldens verlustig gegangen ist, z. B. dann, wenn er seine Verschwiegenheitspflicht verletzt hat.

Anders ist diese Rechtslage jedoch wiederum bei dem partiarischen Untermaklervertrage. Hier ist der Anspruch des Untermaklers auf Zahlung des Lohnes davon abhängig, daß der Geschäftsherr dem Makler gezahlt hat. Vorher steht diesem nur ein Anspruch auf Abtretung der Forderung zu. Weigert sich hier also der Geschäftsherr zu zahlen, so kann es der Makler dem Untermakler überlassen, den ihm abgetretenen Teil der Lohnforderung gegen den Geschäftsherrn einzuklagen. Zahlung braucht der Makler dem Untermakler nicht zu leisten, und ebensowenig ist er verpflichtet, im einseitigen Interesse des Untermaklers einen vielleicht aussichtslosen Rechtsstreit gegen den Geschäftsherrn zu führen. Der Hauptmakler darf sich vielmehr von einer verständigen und redlichen Wahrnehmung seiner eigenen Interessen leiten lassen, wie das Reichsgericht in Gruchot Bd. 62 S. 380 sagt, er kann sich hier mit der Abtretung der Ansprüche an den Untermakler begnügen, und mehr als diese Abtretung zu fordern, ist der Untermakler auch nicht berechtigt[22]). Verzichtet jedoch der Hauptmakler ausdrücklich auf die Provision, so kommt eine Abtretung nicht mehr in Frage. Der Makler hat dann grundsätzlich dem Untermakler die Provision, so wie er sie hätte einziehen können, anteilig auszuzahlen[23]). Denn aus dem partiarischen Rechtsgeschäft ist derjenige, der partiarisch verpflichtet ist — hier der Makler — dem partiarisch Berechtigten, dem Untermakler, zur Geltendmachung und eventuellen Durchsetzung seines Anspruchs, an dem der andere beteiligt ist, verpflichtet, und abgesehen von dem Fall, daß ihm diese Verfolgung ausnahmsweise nicht zuzumuten ist, verstößt das Nichtgeltendmachen der Forderung gegen Treu und Glauben und löst eine Schadensersatzpflicht des Maklers aus. Auch die Vorschrift des § 162 Abs. 1 BGB., wonach der Eintritt der Bedingung dann als eingetreten gilt, wenn die Partei, zu deren Nachteil der Bedingungseintritt gereichen würde, diesen wider Treu und Glauben verhindert, ist hier anwendbar[24]). Denn es handelt sich für den Fall des partiarischen Untermaklervertrages bezüglich des Zahlungseingangs bei dem Hauptmakler um eine wirkliche Bedingung, die durch das partiarische Rechtsgeschäft vereinbart worden ist[25]). Im Gegensatz dazu ist § 162 Abs. 1 BGB. dann nicht unmittelbar anzuwenden, wenn der Geschäftsherr das Zustandekommen des Hauptgeschäfts wider Treu und Glauben verhindert, denn der Maklerlohn ist kraft Gesetzes von dem Eintritt der Tatsache des Zustandekommens des Hauptgeschäfts ab-

[22]) Vgl. auch Jacusiel S. 157.
[23]) So auch Jacusiel S. 157.
[24]) So auch Kammergericht in OLGR. 22 S. 325 und Reichsgericht in JW. 1916 S. 586 (das nur hervorhebt, daß dies nicht ausnahmslos zutrifft).
[25]) Dies läßt das Reichsgericht in JW. 1916 S. 586 dahingestellt.

hängig[26]). Treibt der Hauptmakler jedoch die Forderung nicht ein, obwohl er hierzu verpflichtet ist, und haben die Parteien, Hauptmakler und Untermakler, den Provisionsanspruch des letzteren von der Zahlung an den Hauptmakler abhängig gemacht, so hängt der Anspruch des partiarisch berechtigten Untermaklers von dem Zahlungseingang beim Hauptmakler vereinbarungsgemäß ab, nicht kraft Gesetzes, und demzufolge muß sich der Hauptmakler, der die Forderung nicht beitreibt, nach § 162 Abs. 1 so behandeln lassen, als wenn die Zahlung eingegangen wäre, d. h. er ist verpflichtet, dem Untermakler den vereinbarten Lohn zu zahlen. Eine Ausnahme von der Verpflichtung des Hauptmaklers zur Durchsetzung des Maklerlohnanspruchs liegt z. B. dann vor, wenn der Anspruch des Maklers vom Geschäftsherrn ernstlich bestritten wird und keine sicheren Anhaltspunkte für den Erfolg einer Klage gegeben sind[27]). In einem solchen Falle kann natürlich dem Makler nicht zugemutet werden, nur mit Rücksicht auf den Untermakler einen solch wenig aussichtsreichen Rechtsstreit gegen den Geschäftsherrn zu führen. Abtretung der Ansprüche an den Untermakler muß hier ausreichen. Der andere, vom Reichsgericht aus Billigkeitserwägungen weiter herangezogene Umstand, daß hier der Makler, der in einer dauernden, jedoch jederzeit lösbaren Geschäftsverbindung mit dem Geschäftsherrn stand, bei klageweisem Vorgehen ein Aufhören dieser Verbindung zu befürchten habe und dadurch wirtschaftliche Verluste erleiden müsse, die in keinem Verhältnis zu der jetzt umstrittenen Einzelprovision stünden, kann den Hauptmakler auch davon befreien, den Anspruch gegen den Geschäftsherrn mit der Klage durchzusetzen, läßt aber seine Abtretungspflicht bestehen. Wenn es auch Sinn des partiarischen Rechtsgeschäfts ist, das Schicksal der Vergütung des partiarisch Berechtigten mit dem Gewinn des partiarisch Verpflichteten zu verbinden, so muß doch bei einem Verschulden des partiarisch Verpflichteten, durch das der Gewinn verlorengeht, dieser dem partiarisch Berechtigten Ersatz leisten. Der partiarisch Berechtigte ist nicht wie der Gesellschafter am Gewinn und Verlust des Geschäfts beteiligt, er trägt jedoch das Risiko des Geschäfts insoweit mit, als er seiner Ansprüche grundsätzlich dann verlustig geht, wenn der partiarisch Verpflichtete keinen Gewinn erzielt[28]). Bei dem Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses haftet der einzelne Gesellschafter nach § 708 BGB. nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Es ist dies eine Bestimmung, die eine Durchbrechung des Grundsatzes des § 276 BGB. darstellt, und diese Durchbrechung hat bei der Gesellschaft ihren Grund darin, daß bei dem stark persönlichen Charakter des Gesellschaftsverhältnisses und dessen längerer Dauer die einzelnen

[26]) Vgl. RG. in JW. 1911 S. 758 und Staudinger § 652 III, 2 Ba α.
[27]) RG. vom 2. 1. 1918 in JW. 1918 S. 301/302 und Gruchot Bd. 62 S. 380.
[28]) Vgl. Crome S. 494/496.

Mitglieder der Gesellschaft sich gegenseitig in der Regel so nehmen, wie sie nun einmal sind[29]). Bei gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnissen muß ebenfalls eine Reihe allgemeiner Bestimmungen des Gesellschaftsrechts maßgebend sein, die für Vertrauensbeziehungen von längerer Art gegeben wurden[30]); unter diese Bestimmungen fiele demnach auch die besondere Haftung der Gesellschafter nach § 708 BGB. Für das partiarische Rechtsgeschäft ist diese Vorschrift nicht anwendbar, hier walten keine Vertrauensbeziehungen von längerer Dauer ob. Das Rechtsverhältnis, zu dem ein partiarisches Moment hinzutritt, erhält dadurch keine so starke persönliche Bindung, daß die allgemeine Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit gemäß § 276 BGB. auf diligentia quam in suis zu beschränken wäre. So ist auch im Falle des partiarischen Untermaklervertrages unter dessen Kontrahenten die allgemeine Regel des § 276 BGB. zur Anwendung zu bringen, und es ergibt sich daraus auch für den partiarischen Untermaklervertrag die Folgerung, daß, wenn nach Zustandekommen des Hauptgeschäfts infolge der Tätigkeit des Hauptmaklers auf Grund der vom Untermakler verschafften Unterlagen der Maklerlohn dem Hauptmakler durch dessen alleiniges Verschulden verlorengeht (z. B. dadurch, daß er seine Verschwiegenheitspflicht verletzt), der Hauptmakler dem Untermakler für den Verlust seines Gewinnanteils ersatzpflichtig ist. Hiermit stimmt Crome überein, der S. 496/497 dem partiarisch Berechtigten einen Lohnanspruch nach gewöhnlichen Grundsätzen zubilligen will, da der partiarisch Berechtigte jedenfalls nur dann auf seine Rechte verzichten will, wenn auch der partiarisch Verpflichtete seine Vertragspflichten genau und ordnungsgemäß erfüllt. Tritt demnach der Verlust des Maklerlohnes durch Verschulden des Hauptmaklers ein, so kann der Untermakler seine Vergütung vom Hauptmakler, ungeachtet dessen, daß dieser selbst nichts erhält, fordern.

c) Recht auf Auslagenerstattung und Auskunftserteilung.

Grundsätzlich steht dem Makler ein Anspruch auf Erstattung von Auslagen nicht zu (vgl. § 652 Abs. 2 BGB.). Ebenso verhält es sich mit Ansprüchen auf Erstattung von Auslagen des Untermaklers gegen den Hauptmakler; die Regelung des Maklervertrages muß insoweit auch für den Untermaklervertrag Platz greifen. Denn die Vorschrift des § 652 Abs. 2 BGB. beruht darauf, daß der Makler zu einem Tätigwerden nicht verpflichtet ist. Will der Makler keine Ausgaben wagen, so ist er durch den Maklervertrag nicht daran gehindert. Der Vertrag verpflichtet ihn nicht zu einem Tätigwerden, das gewöhnlich mit Auslagen verbunden ist. Das Gesetz gibt nur da einen Anspruch auf Auslagenerstattung, wo eine Pflicht zum Tätigwerden besteht.

[29]) Vgl. Staudinger zu § 708.
[30]) So Silberschmidt S. 479.

Der Handlungsagent, der verpflichtet ist, sich um Vorbereitung oder Abschluß der Geschäfte zu bemühen, kann nach § 90 HGB. die Erstattung außergewöhnlicher Auslagen verlangen. Mangels einer besonderen Vereinbarung kann der Untermakler auch diese außergewöhnlichen Auslagen nicht ersetzt verlangen. Er ist also mit gutem Grunde rechtlich schlechter gestellt als der Agent, der zum Tätigwerden verpflichtet ist. Da nun der Untermakler ebensowenig zu einem Tätigwerden verpflichtet ist wie der Makler, und da der Ausschluß der Auslagenerstattung in § 652 Abs. 2 BGB. in dem Fehlen einer solchen Verpflichtung seinen rechtspolitischen Grund hat, bestehen keine Bedenken, diesen Satz auf den Untermaklervertrag entsprechend anzuwenden. Auch dadurch, daß der Maklerauftrag aus irgendwelchen Gründen nicht zur Ausführung gelangt, entsteht keine Pflicht zur Auslagenerstattung[31]). Nur wenn die Auslagen des Untermaklers außerhalb der Tätigkeit eines Untermaklers liegen, z. B. nur gelegentlich einer solchen Tätigkeit entstanden sind, kann ihr Ersatz nach den Regeln der Geschäftsführung oder ungerechtfertigten Bereicherung vom Hauptmakler verlangt werden[32]).

Dem Untermakler steht weiterhin ein Anspruch auf Rechnungslegung und Büchereinsicht zu, wenn sein Lohn in Prozenten vom Gewinn des Maklers bemessen worden ist, d. h. sofern er partiarisch berechtigt ist. Der Untermakler muß vom Hauptmakler Auskunft darüber fordern können, ob und in welcher Höhe der Maklerlohn verdient worden ist. Reichel[33]) und Heymann[34]) wollen diese Befugnis aus einer Analogie zum § 91 HGB. herleiten. Es folgt meines Ermessens der Anspruch auf Rechnungslegung und Büchereinsicht aus der partiarischen Abrede als solcher, die die Rechte des Agenten in § 91 HGB. nur besonders beeinflußt. Das Recht auf Rechnungslegung und Büchereinsicht ist jedem partiarischen Rechtsgeschäft eigen und, da der Handlungsagent, soweit nichts anderes vereinbart, gemäß § 88 HGB. partiarisch Berechtigter ist, kommt es *auch* im § 91 HGB. zum Ausdruck. Es ist darin, wie Crome S. 493 sagt, nur eine gesetzliche Fixierung der allgemein gebotenen Regel in einem besonders wichtigen Falle zu erblicken. Dafür, daß dieses Recht aus der partiarischen Abrede als solcher folgt, spricht sich auch RG. Bd. 53 S. 255 aus, wo gesagt wird: „Hat der Beklagte sich verpflichtet, dem Kläger zur Vergütung des Nachweises der Arbeiten einen bestimmten Prozentsatz des erzielten Reingewinnes zu zahlen, so hat er nach der Natur des dadurch zwischen ihm und dem Kläger begründeten Rechtsverhältnisses zugleich stillschweigend auch die Verpflichtung zur Angabe der Tatsachen übernommen, deren Kenntnis der Kläger zur

[31]) Vgl. OLG. Dresden in OLGR. Bd. 4 S. 48.
[32]) Vgl. Düringer-Hachenburg § 99 Anm. 10.
[33]) S. 266.
[34]) S. 434.

Prüfung, ob und welche Ansprüche ihm wider den Beklagten aus solcher Gewinnbeteiligung erwachsen sind, bedarf."

2. Pflichten des Untermaklers aus dem Untermaklervertrage.

a) Tätigkeitspflicht.

Es besteht für den Untermakler nicht die Verpflichtung, im Sinne des Untermaklervertrages tätig zu werden, d. h. die Vertragsvermittlung oder den Gelegenheitsnachweis vorzubereiten, ebensowenig wie nach der herrschenden Lehre für den Makler die Verpflichtung im Maklervertrage begründet ist, tätig zu werden[35]). Hier ist wiederum die Analogie zum Maklervertrage gerechtfertigt, da dem Untermakler die Vergütung ebenfalls unter der Voraussetzung des Zustandekommens des Hauptgeschäfts versprochen ist und gleiche lose Rechte gleichen losen Pflichten gegenüberstehen müssen. Daher ist auch der Untermakler zu einem Tätigwerden nicht verpflichtet. Eine positive Tätigkeitspflicht wird dagegen für den Makler auf Grund des Maklervertrages angenommen: von Dernburg § 338 II, Lotmar I S. 283, Crome S. 417/18. Diese Ansicht scheitert schon am Wortlaut des § 652: „verpflichtet wenn". Sie steht auch der Regelung des Maklervertrages im BGB. entgegen, denn würde der Makler Dienstleistung schulden, so würde es sich um einen Dienstvertrag handeln. Würde er den Erfolg seiner Maklertätigkeit schulden, so würde es sich um einen Werkvertrag handeln, wenn man von dem Essentiale des Maklervertrages, der Berechtigung des Geschäftsherrn zum freien Widerruf, absieht[36]). Es hätte also, wenn der Makler zu einer positiven Tätigkeit verpflichtet wäre, einer besonderen gesetzlichen Regelung des Maklervertrages nicht bedurft. Somit erscheinen diejenigen Schriftsteller konsequent, die, da sie eine Tätigkeitspflicht des Maklers annehmen, den Maklervertrag auch als Werkvertrag ansehen[37]). Das Zustandekommen des Hauptgeschäfts ist vielmehr nur conditio juris für die Verpflichtung zur Entrichtung des Maklerlohnes; zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit ist der Untermakler jedoch nicht verpflichtet.

b) Treupflichten.

Wird der Untermakler jedoch tätig, so hat er genau, wie es vom Makler erfordert wird, dabei gewisse Treupflichten zu beachten, d. h. er hat die Pflicht zur Verschwiegenheit als Unterlassungspflicht, er darf nicht dem Abschluß des Hauptgeschäfts entgegenwirken, und er muß alle das Geschäft betreffenden Tatsachen dem Makler mitteilen. Abweichend hiervon bezeichnet eine ältere, von der herrschenden Lehre

[35]) So Reichel S. 89 und 132, Heymann S. 360, Jacusiel S. 52, Planck zu § 652 Vorbem. V, b, Staub Anm. 2 vor § 93 HGB., Dertmann Vorbem. 3a vor § 652 S. 1014/15, RG. in JW. 1911 S. 758.

[36]) Vgl. Heymann S. 386.

[37]) Vgl. Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, 1 § 140 S. 374, Riezler S. 91.

widerlegte Ansicht, die von Siber S. 18 und Endemann § 176, 2 vertreten wird, den Maklervertrag als rein einseitig und erachtet den Makler auch nicht insoweit durch Treupflichten gebunden. Daß auch den Makler selbst Pflichten treffen, der Maklervertrag also nicht rein einseitig verpflichtend ist, ergibt schon der § 654 BGB., auch der Ausdruck des Gesetzes Maklerlohn besagt, daß er eine Gegenleistung für die vertragsmäßigen Leistungen des Maklers enthält, der Maklervertrag also nicht als einseitig anzusehen ist. Wird nun hier eine Parallele zwischen der Rechtsstellung des Maklers und der des Untermaklers gezogen, so ist zunächst zu beachten, daß bezüglich der Treupflichten an den Makler, der selbst vermittelt, höhere Ansprüche vor allem bezüglich seiner Bekundungs- und Mitteilungspflicht gestellt werden müssen als an den Makler, der bloß die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages nachweist, also bei seiner Tätigkeit vom Vertragsschluß selbst noch weiter entfernt ist als der vertragsvermittelnde Makler. Da nun der Untermakler allgemein lediglich Unterlagen für die Maklertätigkeit beschaffen soll, so ist seine Stellung bezüglich der Erkundungs- und Mitteilungspflicht höchstens der Stellung des Nachweismaklers gleichzusetzen. Denn der Makler, der allein einen Vertrag vermittelt und die ganze Maklertätigkeit allein ausübt, muß sich natürlich viel eingehender mit dem Gegenkontrahenten befassen als der Makler, der nur eine Gelegenheit nachweist oder innerhalb der Maklertätigkeit eines anderen tätig wird und dann die weiteren Verhandlungen mit dem Gegenkontrahenten, dem Geschäftsherrn resp. dem Hauptmakler überläßt[38]).

Daß jeder Makler und auch der Untermakler verpflichtet ist, alles zu unterlassen, was dem Abschluß des Hauptgeschäfts entgegenwirken könnte, ist selbstverständlich und kommt im Gesetz in den §§ 652, 654 BGB. zum Ausdruck. Rät z. B. der Untermakler dem Gegenkontrahenten des Hauptgeschäfts von dessen Abschluß ab, so leistet er natürlich nicht Unterstützung des Hauptmaklers bei dessen Bemühungen für das Zustandekommen des Hauptgeschäfts, wie es der Untermaklervertrag sinngemäß erfordert. Er macht sich damit vielmehr einer Verletzung dieses Vertrages schuldig und verwirkt dadurch den Anspruch auf den Untermaklerlohn. Verliert durch diese Handlungsweise des Untermaklers der Hauptmakler selbst seinen Lohnanspruch gegen den Geschäftsherrn, so ist der Untermakler aus dieser Vertragsverletzung dem Hauptmakler schadensersatzpflichtig. Das Kammergericht begründet in JW. 1930 S. 1421 den Verlust des Lohnanspruchs des Untermaklers in diesem Falle damit, daß die Vorschrift des § 654 BGB. auch für den Untermaklervertrag gilt, daß also der Anspruch auf den Maklerlohn ausgeschlossen ist, weil der Makler dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig geworden ist. Die Anwendbarkeit des § 654 BGB. ist wegen des gemeinsamen

[38]) Vgl. auch Oertmann § 652 Ia.

Zieles des Maklervertrages und des Untermaklervertrages auch auf den Untermaklervertrag als Hilfsvertrag zum Maklervertrage zu erstrecken, und es ist insoweit dem Kammergericht in seiner Entscheidung zu folgen. Aber in dem Falle, in dem der Untermakler dem Gegenkontrahenten des Hauptgeschäfts vom Abschluß des Hauptgeschäfts abgeraten hat, bedarf es einer Analogie zu § 654 BGB. nicht, wie Jacusiel in der Anmerkung JW. 1930 S. 1421 mit Recht sagt. Er führt dort aus, daß der Untermakler sich einer Vertragsverletzung schuldig mache und seinen Lohnanspruch verliere, wenn er, der durch den Untermaklervertrag angehalten ist, dem Makler bei seiner Tätigkeit Unterstützung zu leisten, ihm Unterlagen zu schaffen, den Abschluß des Hauptgeschäfts zu fördern, diesem entgegenwirke. Es ist Jacusiel darin beizustimmen, daß die vom Kammergericht gezogene Analogie überflüssig ist. Wollte man den § 654 BGB. auf solche Fälle anwenden, so würde die Vorschrift des § 654 BGB. auch für den Maklervertrag selbst überflüssig sein, denn auch der Makler, der mit dem Geschäftsherrn im Sinne des § 652 kontrahiert hat, ist zur Förderung des Hauptgeschäfts angenommen worden. Würde der Makler den Gegenkontrahenten von dem Abschluß des Hauptgeschäfts abraten, so würde er damit eine Verletzung des Maklervertrages begehen, ohne daß es noch der Anwendung des § 654 bedürfte. Der § 654 führt jedoch über die allgemeinen Pflichten des Maklers aus § 652 BGB., alles zu unterlassen, was dem Abschluß des Hauptgeschäfts entgegenwirken könnte, hinaus und versagt auch dem Makler den Lohnanspruch schon dann, wenn er für den Gegenkontrahenten überhaupt tätig geworden ist, obwohl der Maklervertrag im besonderen Falle ein solches Tätigwerden für den anderen nicht gestattete oder ihm dies wegen Interessenkollision versagt war, wobei nicht an ein Entgegenwirken gegen den Abschluß des Hauptgeschäfts gedacht ist, sondern nur daran, daß der Makler nicht nur im einseitigen Interesse des Geschäftsherrn tätig geworden ist, sondern auch die Interessen der Gegenseite wahrte, was er in dem besonderen Falle nicht durfte. Wirkt der Makler resp. der Untermakler unmittelbar dem Abschluß des Hauptgeschäfts entgegen, so bedarf es einer Anwendung des § 654 BGB. nicht, es liegt eine Verletzung des Maklervertrages resp. des Untermaklervertrages vor, die aus deren Inhalt gemäß § 652 zu entnehmen ist. Jeden Makler, auch den bloß nachweisenden, trifft die Pflicht, nachteilige Umstände dem Auftraggeber anzuzeigen[39]), eine Pflicht, die auch den Untermakler trifft, der aber diese Umstände nur dem Makler, seinem Vertragskontrahenten, mitteilen muß. Nach Reichel S. 230 besteht für den Vermittlungsmakler eine Erkundigungspflicht; er handle fahrlässig, wenn er einen Vertrag herbeiführe, ohne sich über dessen Erfüllbarkeit, so wie er sollte, vergewissert zu haben. Dagegen hat nach OLG. Hamburg LZ. 1917 S. 290 der Makler ohne besondere

[39]) Reichel S. 229.

Veranlassung die Leistungsfähigkeit der Gegenpartei nicht zu prüfen. Zweifellos aber trifft den sogenannten Nachweismakler eine solche Verpflichtung nicht[40]). Trifft aber den bloßen Nachweismakler eine solche Erkundungspflicht nicht, so kann auch den Untermakler eine solche Pflicht nicht treffen, da ja seine rein vorbereitende Tätigkeit in noch geringerem Zusammenhang zu dem Abschluß des Hauptgeschäfts steht als die Tätigkeit eines Nachweismaklers. Denn die Tätigkeit des Untermaklers ist nur mittelbar kausal für das Zustandekommen des Hauptgeschäfts.

Damit wären im wesentlichen die Pflichten erschöpft, die dem Untermakler in seiner Maklertätigkeit obliegen. Es sei noch erwähnt, daß der Untermakler den zwischen Geschäftsherrn und Hauptmakler abgeschlossenen Vertrag in keiner Weise beeinflussen darf, sonst geht er seines Untermaklerlohnes verlustig und macht sich auch über dessen Betrag hinaus dem Hauptmakler schadensersatzpflichtig. Er darf und kann also insbesondere, selbst wenn ihm vom Hauptmakler eine besondere Vertretungsmacht verliehen ist, nicht auf den Maklerlohn des Hauptmaklers verzichten. Denn wenn auch dem Untermakler eine besondere Vertretungsmacht vom Hauptmakler verliehen worden ist, so kann sich diese Vertretungsmacht nur auf das zu vermittelnde Hauptgeschäft erstrecken, nicht aber den Untermakler ermächtigen, den zwischen dem Geschäftsherrn und dem Hauptmakler bereits abgeschlossenen Maklervertrag zu beeinflussen; es besteht kein Anlaß, die dem Untermakler erteilte Vertretungsvollmacht als so weitgehend anzuerkennen, daß der Untermakler namens des Hauptmaklers auf den Maklerlohn aus dem Maklervertrage verzichten könne[41]).

III. Rechtsstellung des Hauptmaklers.

1. Rechte des Hauptmaklers.

a) Substitutionsrecht.

Bevor wir auf die Rechte und Pflichten eingehen, die dem Hauptmakler aus dem Untermaklervertrage erwachsen, wird es sich empfehlen, zunächst einmal zu prüfen, ob und inwieweit der Makler berechtigt ist, sich anderer Personen bei der Ausübung der Maklertätigkeit zu bedienen. Es ist nicht erforderlich, daß der Makler allenthalben persönlich tätig wird, es ist ihm, falls dies nicht durch besondere Umstände ausdrücklich ausgeschlossen ist, nicht verwehrt, Gehilfen auch für die eigentliche Maklertätigkeit anzunehmen[42]). Es ist eine Folge der wirtschaftlichen Entwicklung der Gewerbe, die es als

[40]) Vgl. Heymann S. 393.
[41]) So auch Jacusiel S. 159 und RG. in „Das Recht" 1920, 3106.
[42]) Das ist heute unbestritten (Vgl. Jacusiel S. 154, Jaffé S. 151, Staub Anm. 34 vor § 93, OLG. Marienwerder in OLGR. 4, 47, OLG. Hamburg in OLGR. 36, 268 und in LZ. 1918 S. 717, RG. lt. „Berliner Tageblatt" Nr. 53 von 1913), im Gegensatz zum früheren Recht, Art. 69 Nr. 4 ADHGB., wo für den Handelsmakler mit Amtscharakter ein ausdrückliches Verbot der Annahme von Gehilfen für die Maklertätigkeit statuiert war.

unzumutbar erscheinen läßt, ein Verbot der Hinzuziehung von Gehilfen aufrechtzuerhalten und durch dieses Verbot wirtschaftliche Betätigungen in größerem Umfange zu verhindern. Der Makler ist grundsätzlich berechtigt, Gehilfen anzunehmen, und der Geschäftsherr ist zur Lohnzahlung auch bei deren Annahme verpflichtet; die Tätigkeit des Gehilfen ist dem Hauptmakler zuzurechnen.

Von besonderer Wichtigkeit ist jedoch die Frage, die auch bis jetzt noch als ungeklärt anzusehen ist, ob der Makler berechtigt ist, die gesamten Rechte und Pflichten aus dem Maklervertrage auf einen Untermakler als sogenannten Substituten zu übertragen. Das BGB. spricht vom Substituten nur im § 664 in den Auftragsvorschriften, wonach der Beauftragte im Zweifel die Ausführung eines Auftrages nicht einem Dritten übertragen darf. Gilt dieses Substitutionsverbot auch für den Maklervertrag? Oder ist der Makler auf Grund des Maklervertrages berechtigt, sich eines Substituten zu bedienen? Groener S. 13/14 führt aus, daß kein Grund vorhanden sei, warum der Untermakler geeignetenfalls nicht auch den Gelegenheitsnachweis oder den Abschluß selbst für den Makler vornehmen sollte. Bei der rein faktischen Natur der Maklerfunktion wäre es nach Groener willkürlich, der Unterstützungstätigkeit des Untermaklers innerhalb des vollen Umfanges der maklerischen Vermittlungsaufgabe eine Grenze zu ziehen. Warum sollte es nicht möglich sein, meint Groener, daß der Hauptmakler seine Tätigkeit auf die Bestellung und Instruktion des Untermaklers beschränkt und die eigentliche Vermittlertätigkeit ausschließlich von diesem geleistet wird. Hauptsache sei doch nur, daß der Hauptmakler seinem Kommittenten gegenüber Gegenpartei aus dem Maklervertrage bleibe, während der Untermakler nur als sein zur privaten Unterstützung zugezogenes Organ für ihn handele.

Beschränkt jedoch der Makler seine Tätigkeit auf Bestellung und Instruktion des Untermaklers, wie es Groener für zulässig hält (nachdem er S. 13 oben ein Substitutionsrecht des Maklers dahingestellt läßt), so nimmt er damit die vollständige Abgabe seiner Maklertätigkeit vor. Der Untermakler ist dann Substitut (vgl. die grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts in 78, 312). Er ist dann nicht mehr nur zur Unterstützung des Hauptmaklers hinzugezogen, sondern ihm wird dann die ganze Makleraufgabe, wie sie sich aus dem Maklervertrage ergibt, abgegeben, er würde Substitut des Maklers werden. Für eine Substitution innerhalb des Maklervertrages sprechen sich Planck S. 1122 Vorbem. 4 *γ aa* und OLG. Hamburg in LZ. 1918, 717 aus: „§ 664 findet auf den Maklervertrag keine Anwendung." Ebenso Reichel S. 124 mit der Begründung, daß das Substitutionsverbot des § 664 BGB. sich schon auf den Geschäftsbesorgungswerkvertrag (§ 675 BGB.) nicht übertragen lasse, auf den Maklervertrag sei es erst recht nicht erstreckbar, ähnlich Wollstein S. 11/12. Die Bestellung eines Substituten durch den Makler ist aber aus folgenden Gründen

als unzulässig anzusehen. Das BGB. stellt im § 267 den Satz auf, daß, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten habe, auch ein Dritter die Leistung bewirken könne. Dieser Satz wird bei den Verträgen durchbrochen, in denen der Gläubiger ein besonderes Interesse an einer persönlichen Leistung des Schuldners hat. So hat in § 613 BGB. der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten. Die Vorschrift des § 613 gilt, was hier wichtig ist, auch für den Handlungsagenten[43]), der dem Makler deshalb verwandt ist, weil der Makler ebenfalls Vermittler ist, und zwar nur Augenblicksvermittler, während der Agent in dauernden Beziehungen zu seinem Geschäftsherrn steht. So darf auch nach § 664 der Beauftragte im Zweifel die Ausführung des Auftrages nicht einem Dritten übertragen. Der Verwahrer darf gemäß § 691 die hinterlegte Sache im Zweifel nicht bei einem Dritten hinterlegen, schließlich gilt auf Grund des § 713 BGB. die Vorschrift des § 664 auch für den geschäftsführenden Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Es kann hier auch auf die Gebrauchsüberlassungen verwiesen werden, wo z. B. beim Mietvertrage die Persönlichkeit des Mieters von solcher Bedeutung ist, daß der Mieter den Gebrauch der Mietsache ohne besondere Erlaubnis des Vermieters nicht einem Dritten überlassen darf, § 549 BGB. Vgl. auch § 603 Satz 2 bei der Leihe.

Nun soll bei dem Maklervertrage der Geschäftsherr ein so geringes Interesse an der Person des Maklers haben, daß dieser zur Substitution berechtigt sein soll? Das widerspricht in hohem Maße dem Sinn eines Maklervertrages; gerade hier herrscht ein besonderes Interesse des Geschäftsherrn an der persönlichen Tätigkeit des Maklers, hier spielen die Verschwiegenheit, die Gewandtheit, die Erfahrung und die persönlichen Beziehungen des Maklers eine so ausschlaggebende Rolle, daß es bei der dürftigen gesetzlichen Regelung, die der Maklervertrag im BGB. gefunden hat, geradezu selbstverständlich erscheint, daß ein solches Substitutionsverbot nicht ausdrücklich aufgenommen worden ist. So besagen die Motive II S. 510: „In dem vorliegenden Entwurfe ist davon ausgegangen, daß der Maklervertrag, abgesehen von der Bestimmung des § 580, welche sich mit der Frage befaßt, unter welchen Voraussetzungen der Makler die Maklergebühr verlangen kann, einer näheren Regelung nicht bedarf, sondern zu seiner Beurteilung je nach Verschiedenheit der Fälle die allgemeinen Grundsätze über Verträge bzw. die für den Dienstvertrag, den Werkvertrag oder das Mandat geltenden Rechtsnormen ausreichen.“ Das ADHGB. dagegen, das keine allgemeinen Vorschriften über den Dienstvertrag enthielt, statuierte in Art. 69 eine Verpflichtung für den amtlichen Handelsmakler, seine Verrichtungen persönlich zu betreiben, ja es war ihm untersagt, mit anderen Handelsmaklern gemeinschaftlich Maklergeschäfte zu führen (Art. 69 Ziff. 3 ADHGB.), und zur

[43]) Vgl. Staub Anm. 21 zu § 84.

Abschließung der Geschäfte durften sie sich eines Gehilfen nicht bedienen. Diese Regelung war zwar auch mit Rücksicht auf den Amtscharakter des Maklers getroffen, jedoch hat sich ja historisch der freie Makler aus dem Amtsmakler entwickelt[44]). Aus diesem Grund, vor allem wegen des allgemein anzunehmenden besonderen Interesses des Geschäftsherrn an der persönlichen Leistung des Maklers als eines Vertrauensmannes, sprechen sich auch Düringer-Hachenburg I Anm. 16 vor § 93 und Heymann S. 472 für die Anwendung des Substitutionsverbots beim Maklervertrage aus. Demgegenüber will Crome S. 477 das Substitutionsverbot nur für den partiarischen Maklervertrag gelten lassen. Vgl. auch RG. in LZ. 1915, 827, 10, wo ausgesprochen wird, daß der Hinzutritt des partiarischen Moments zu einem Vertrage die Konsequenz habe, daß nicht ein beliebiger Dritter die Vertragsrechte und -pflichten übernehmen könne, was mit dem über das bei gewöhnlichen Schuldverhältnissen hinausgehende Maß von Vertrauensbeziehungen der beiden Kontrahenten eines partiarischen Rechtsgeschäfts auf Grund der Verbindung ihrer Gewinne zu erklären ist. Jacusiel S. 154 will ein Substitutionsverbot nur in dem besonderen Falle gelten lassen, daß der Makler sich zu einem Tätigwerden verpflichtet hat. Er kommt aus § 613 BGB. zu diesem Ergebnis. Planck, der S. 1122 Vorbem. 4 γ aa zum Maklervertrage § 664 auf den Maklervertrag nicht anwenden will, begründet diese Ansicht nicht. Sie steht meines Ermessens im Widerspruch mit der von ihm S. 1126 Vorbem. 5b α vertretenen Ansicht, daß der Tod des Maklers den Maklervertrag aufhebe. Hier sollen also die Voraussetzungen, von denen der Anspruch des Maklers abhängt, meist an seine Person geknüpft sein. Insofern erkennt Planck also die höchstpersönliche Natur der Leistung des Maklers und die Analogie zu den Vorschriften über den Auftrag § 673 ff. BGB. an, während er sie im Widerspruch damit im Falle des § 664 beim Maklervertrage nicht anwenden will[45]). Auch Reichels Begründung erscheint mir bezüglich des Substitutionsverbots bedenklich. Es geht meines Ermessens nicht an, aus dem Geschäftsbesorgungswerkvertrag gegenüber dem Maklervertrage den Schluß a majori ad minorem zu ziehen, daß, wenn bei diesem schon das Substitutionsverbot nicht gelte, es beim Maklervertrage erst recht nicht anwendbar sei. Bei dem Geschäftsbesorgungsdienstvertrage ist gemäß § 675 die Regel des § 613 anwendbar. Die Uebergehung des § 664 in § 675 BGB. erklärt sich schon aus dem Umstande, daß das Schwergewicht der Bestimmungen des § 664 in Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 ruht. Diese Vorschriften sind für den Dienstvertrag in § 613 wiederholt.

[44]) Vgl. Heymann S. 325.

[45]) Dafür, daß über das Substitutionsverbot und die Beendigung des Vertrages durch den Tod des Beauftragten grundsätzlich einheitlich entschieden werden muß, spricht sich RGR.Komm. § 631 Anm. 1 S. 275 gelegentlich des besonderen vereinbarten Substitutionsverbotes beim Werkvertrage aus.

Da der Maklervertrag im BGB. besonders geregelt ist (nach den Motiven II S. 510 unter Heranziehung der allgemeinen Grundsätze für den Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag, von denen allein der Werkvertrag eine Substitution zuläßt), müßte eine besondere Analogie zu den Vorschriften des Werkvertrages gezogen und dargetan werden, daß der Maklervertrag diesem so besonders nahestehe und Analogien zum Dienstvertrag und Auftrag hier ausgeschlossen seien. Das ist aber nicht der Fall; wenn Reichel S. 154 ausführt, daß der Makler seinen Lohn nicht für seine Tätigkeit, sondern für die durch diese stattgehabte Förderung eines wirklich eingetretenen Erfolges erhalte und daher zum Werkvertrage, nicht zum Dienstvertrage in Verwandtschaft stehe, so ist ihm zwar darin beizustimmen, daß der Maklerlohn erst bei erfolgter Vermittlung fällig ist (obwohl die von Reichel S. 129 vertretene, hier S. 15 abgelehnte Verdienstlichkeitstheorie eigentlich eher zur Parallele zum Dienstvertrage denn zum Werkvertrage neigt). Es ist also Reichel darin beizutreten, daß der Makler Erfolg herbeizuführen, nicht Dienste zum Gewinn seiner Vergütung zu leisten hat. Diese Analogie schließt aber keineswegs aus, daß auch die Auftrags- und Dienstvertragsvorschriften zur Auslegung des Maklervertrages herangezogen werden sollen, wie es die Motive besagen. Gerade beim Maklervertrage ist eine wichtige Parallele zum Auftrag fast unstreitig beim Widerrufsrecht des Geschäftsherrn gegeben (vgl. S. 33). Reichels Beweisführung vermag demnach eine analoge Anwendung der Auftragsvorschriften nicht auszuschließen. Es kann daher nur aus allgemeinen Gesichtspunkten entschieden werden, ob der Geschäftsherr ein besonderes Interesse an der persönlichen Leistung seines Kontrahenten hat. Dies ist sogar beim Werkvertrage möglich, denn beim Werkvertrage gibt es im besonderen Falle ein vertragliches Substitutionsverbot, z. B. wenn es sich um die Herstellung eines Kunstwerkes oder einer wissenschaftlichen Arbeit handelt[46]), und diese allgemeinen Gesichtspunkte sprechen, wie wir oben ausführten, für die Anwendung des Substitutionsverbotes auch beim Maklervertrage.

Handelt der Makler diesem Substitutionsverbot zuwider, so braucht der Geschäftsherr die von dem Substituten vorgenommene Vertragsvermittlung oder Gelegenheitsnachweisung nicht anzuerkennen, er ist berechtigt, für diese Leistung, die eine andere als die vom Makler selbst zu erbringende ist, die Lohnzahlung zu verweigern (so auch Reichel S. 125 für den Fall ausdrücklich ausgeschlossener Substitution). Diese berechtigte Verweigerung der Lohnzahlung durch den Geschäftsherrn hat nun die Wirkung für den Untermakler, daß auch der Hauptmakler diesem den Lohn zu zahlen nicht verpflichtet ist. Denn der Lohnanspruch des Untermaklers ist davon abhängig, daß das Hauptgeschäft infolge der Tätigkeit des Maklers auf Grund der vom Unter-

[46]) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 147, I, 1 und RGRKom. § 631 Anm. 1.

makler verschafften Unterlagen zustande gekommen ist. Hier aber, da nicht der Makler, sondern ein gegenüber dem Geschäftsherrn dazu nicht berechtigter Untermakler den Vertragsschluß herbeigeführt hat, fehlt es an der Kausalität, das Geschäft ist nicht „infolge der Tätigkeit des Maklers", sondern infolge der Tätigkeit eines dazu nicht berechtigten Untermaklers, die der Geschäftsherr nicht als Tätigkeit des Maklers gelten zu lassen braucht, zustande gekommen. Der substituierte Untermakler, der wegen dieser mangelnden Kausalität keine Lohnansprüche gegen den Makler hat, ist darauf angewiesen, Schadensersatzansprüche gegen den Makler zu erheben, die sich aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo ergeben. Der Hauptmakler, dem der Geschäftsherr nicht zu erkennen gab, daß er mit der Bestellung eines Substituten einverstanden sein würde, hat Umstände schuldhaft verschwiegen, von denen er sich mit Hinsicht auf das Recht des Geschäftsherrn, diese Maklertätigkeit nicht als vereinbarungsgemäß anzuerkennen, sagen mußte, daß sie für den Willensentschluß des anderen Vertragsteils, des Untermaklers, von wesentlicher Bedeutung seien, und ist damit aus culpa in contrahendo dem Untermakler schadensersatzpflichtig[47]).

Nur kraft besonderer Abrede im Maklervertrage ist eine Substitutionsbefugnis des Hauptmaklers anzunehmen, und in diesem Falle wird dann auch durch die Tätigkeit des Substituten dem Hauptmakler der Maklerlohn verdient.

b) Weisungs- und Widerrufsrechte.

In dem Verhältnis zwischen Hauptmakler und Untermakler bleibt der Hauptmakler stets der Bestimmende. Er gibt dem Untermakler die Weisungen, er entscheidet über die Verwertbarkeit der von diesem erbrachten Unterlagen für die Vertragsvermittlung oder Nachweisung, der Untermakler hat, wie Bondi in der Anm. JW. 1918, S. 301 und JW. 1916, S. 585 sagt, dessen Maßnahmen bis zur Grenze des arglistigen Verhaltens gegen sich gelten zu lassen. Wenn Jaffé S. 152 demgegenüber behauptet, daß der Hauptmakler dem Untermakler gegenüber deshalb nicht Geschäftsherr sei, weil der Hauptmakler selbst vom fremden Willen des Geschäftsherrn abhängig sei, so ist dies zum mindesten mißverständlich, denn die Stellung eines Geschäftsherrn ist lediglich tatsächlicher Natur, und daß der bestimmende, weisunggebende und bezüglich der Tätigkeit des Untermaklers allein nach seinem Willen entscheidende Hauptmakler letzten Endes wieder vom Willen des Geschäftsherrn abhängig ist, vermag ihm seine selbständige Stellung gegenüber seinem Untermakler nicht zu nehmen. Entsprechend dieser Stellung des Hauptmaklers gegenüber dem Untermakler und gemäß dem Satze, daß gewisse grundsätzliche Eigenschaften des Maklervertrages auch für den Inhalt des Untermaklervertrages bestimmend sein

[47]) Für die Rechtsprechung bezüglich der culpa in contrahendo vgl. Reichsgericht Bd. 95 S. 58, Bd. 97 S. 327, Bd. 107 S. 362.

müssen, hat auch die freie Widerruflichkeit des Maklervertrages für den Untermaklervertrag zu gelten. Die h. L. erkennt beim Maklervertrage das Recht des Geschäftsherrn an, durch einseitige Erklärung den Maklervertrag aufzuheben, und spricht dann von einer sogenannten Kündigung oder einem Widerruf des Maklervertrages durch den Geschäftsherrn[48]). Dieses Widerrufsrecht ist in der losen Bindung, die Geschäftsherr und Makler im Maklervertrage eingehen, begründet, vor allen Dingen in der Rechtsstellung des Geschäftsherrn, der ganz nach seinem Willen ohne Rücksicht auf den Makler den Abschluß des durch diesen vermittelten oder nachgewiesenen Vertrages verweigern und den Vertragsschluß anderweitig ohne Hilfe des Maklers abschließen kann. Aus dieser Freiheit des Geschäftsherrn dem Makler gegenüber folgt das Recht des einseitigen Widerrufes des Maklervertrages durch den Geschäftsherrn. Es ist dies auch eine Anwendung der Auftragsvorschriften, wie sie die Motive ergänzend angewandt wissen wollten (vgl. S. 29). Es bestehen keine Bedenken, dieses Widerrufsrecht des Geschäftsherrn gegenüber dem Makler auch dem Hauptmakler gegenüber dem Untermakler zuzubilligen, denn der Hauptmakler nimmt dem Untermakler gegenüber dieselbe Rechtsstellung ein, wie sie der Geschäftsherr gegenüber dem Makler hat. Zwischen Makler und Untermakler besteht durch den Untermaklervertrag eine ebenso lose Bindung, wie zwischen Geschäftsherrn und Hauptmakler; auch der Hauptmakler kann ganz nach seinem Willen ohne Rücksicht auf den Untermakler die Verwendung der von diesem erbrachten Unterlagen für seine Maklertätigkeit verweigern und den Vertrag auch anderweitig ohne Hilfe des Untermaklers vermitteln[49]). Es steht also dem Hauptmakler das Recht zu, durch einseitige Erklärung jederzeit den Untermaklervertrag zu widerrufen.

2. Pflichten des Hauptmaklers.

a) Entlohnungspflicht.

Die wichtigste Verpflichtung, die den Hauptmakler aus dem Untermaklervertrage trifft, ist die Verpflichtung zur Zahlung der im Untermaklervertrage versprochenen Vergütung, die, soweit nichts anderes vereinbart ist, dann fällig wird, wenn das Hauptgeschäft infolge der Tätigkeit des Hauptmaklers auf Grund der vom Untermakler verschafften Unterlagen zustande gekommen ist. Wir haben oben S. 14 f. dargelegt, daß diese Verpflichtung beim reinen Untermaklervertrage nicht erst dann entsteht, wenn der Maklerlohn vom Geschäftsherrn an den Hauptmakler gezahlt worden ist. Auch bezüglich der Rechtslage bei dem partiarischen Untermaklervertrage kann auf die Ausführungen S. 17 f. verwiesen werden. Daß bei einem partiarischen

[48]) Vgl. Planck, Vorbem. 4b zu § 646 ff., Staudinger Bem. 4c vor § 652, Enneccerus-Lehmann § 155, III, 1, Reichel S. 217, RG. Bd. 101 S. 211. A. A. Lotmar I S. 534, 535.

[49]) Vgl. S. 16 und die dort angeführte Literatur, insbesondere RG. in JW. 1916 S. 586.

Untermaklervertrage der Hauptmakler, dem der Geschäftsherr die Auszahlung des Maklerlohnes verweigert, nicht verpflichtet ist, seinen Provisionsanspruch gegen den Geschäftsherrn lediglich im einseitigen Interesse des Untermaklers gerichtlich geltend zu machen, ist ebenfalls auf S. 20 dargelegt und im Zusammenhang damit auch die Verpflichtung des Hauptmaklers, in solchen Fällen dem partiarisch berechtigten Untermakler seinen Anspruch gegen den Dominus anteilig abzutreten, behandelt worden. Unter Umständen kann jedoch auch eine Zahlungspflicht des Hauptmaklers entstehen, ohne daß das Hauptgeschäft auf Grund der vom Untermakler verschafften Unterlagen zustande gekommen ist, und zwar dann, wenn der Hauptmakler, wider Treu und Glauben verstoßend, von diesen vom Untermakler verschafften Unterlagen keinen Gebrauch gemacht hat. Wir haben oben S. 16 gesehen, daß es im freien Belieben des Hauptmaklers steht, von den Unterlagen des Untermaklers Gebrauch zu machen, jedoch hat diese freie Stellung des Hauptmaklers in einem arglistigen Verhalten seine Grenze. Er darf den Untermakler nicht arglistig ausschalten und dadurch um den Lohn bringen[50]). Tut er dies, so ist er auf Grund der §§ 157, 242, 276 unter Umständen auch 826 BGB. dem Untermakler schadenersatzpflichtig.

Eine unmittelbare Anwendung des § 162 Abs. 1 BGB. erscheint jedoch unzulässig, da anzunehmen ist, daß das Zustandekommen des Hauptgeschäfts für die Entstehung des Lohnanspruchs Rechtsbedingung ist[51]). Der rechtspolitische Gedanke des § 162 Abs. 1 BGB. ist auch für die Rechtsbedingung verwertbar, wenn auch in den meisten Fällen die allgemeine Norm des § 242 zum Schutze des rechtsbedingt Berechtigten ausreichend wird. Die Fiktion, daß die Bedingung als eingetreten gelten solle, wenn der Eintritt der Rechtsbedingung wider Treu und Glauben von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, verhindert worden ist, kann hier keine Geltung haben. Für das rechtsbedingte Geschäft ist mit RG. 95, 317 jedoch anzunehmen, daß der Geschäftsherr den Eintritt der Rechtsbedingung nicht wider Treu und Glauben verhindern darf. Tut er dies, so macht er sich schadenersatzpflichtig.

b) Anzeigepflicht.

Den Hauptmakler trifft auch die Verpflichtung, dem Untermakler das Zustandekommen des Hauptgeschäfts anzuzeigen. Diese Verpflichtung zur Anzeige ist etwas ganz anderes als die oben S. 23 behandelte Pflicht des Hauptmaklers, dem Untermakler Rechnung zu legen und Büchereinsicht zu gewähren. Denn wie Reichel S. 262/263 hervorhebt, hat bei der Anzeigepflicht der Schuldner, hier der Hauptmakler, bei der Auskunftspflicht (Rechnungslegung und Büchereinsicht) der Gläubiger, hier der Untermakler, die Initiative zu ergreifen. Im

[50]) So Staub Vorbem. vor § 93 und RG. in JW. 1916 S. 586.
[51]) Vgl. Oertmann: Rechtsbedingung S. 44 und 64.

ersten Falle muß also der Hauptmakler unaufgefordert dem Untermakler Anzeige von dem Zustandekommen des Hauptgeschäfts machen. Im zweiten Falle muß der Hauptmakler auf das Begehren des Untermaklers hin ihm wahrheitsgemäß Auskunft erteilen. Im ersten Falle handelt es sich — wie es Reichel ausdrückt — gewissermaßen um eine Bringschuld, im zweiten um eine Holschuld. Diese beiden Arten der „Bekundungspflichten" scheidet auch der Gesetzgeber in den §§ 33 und 34 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag. Während die Auskunftspflicht auf S. 23 behandelt ist und dort als Recht des Untermaklers aufgeführt wurde, ist hier nur noch die Anzeigepflicht des Hauptmaklers zu behandeln, die auch bei Eintritt anderer Tatsachen als dem Zustandekommen des Hauptgeschäfts Platz greift, sofern der Untermakler an diesen ein besonderes Interesse hat. Da der Untermakler meist nur mit dem Makler in Verbindung steht, wird er nicht wissen, ob das Hauptgeschäft überhaupt zustande gekommen ist. Die Tatsache des Zustandekommens des Hauptgeschäfts ist aber deshalb von großer Bedeutung für ihn, weil sie grundsätzlich seinen Lohnanspruch zur Entstehung bringt unter der Voraussetzung, daß seine vorbereitende Tätigkeit den Vertragsschluß mit herbeigeführt hat. Andererseits hat der Untermakler bei Zustandekommen des Hauptgeschäfts, das nicht auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist, ein erhebliches Interesse daran, davon Kenntnis zu erlangen, denn ein weiteres Tätigwerden im Sinne des Untermaklervertrags wäre dann für ihn zwecklos. Außer diesem Zustandekommen des Vertrags ist es aber für den Untermakler noch von großer Wichtigkeit, zu erfahren, ob sich der Maklerauftrag nicht aus sonstigen Gründen, die sein Ende herbeizuführen geeignet sind, erledigt hat. Dies sind Tod und Konkurs des Auftraggebers und Wegfall des Interesses des Geschäftsherrn an der Ausführung des Maklervertrags. Woraus ist nun das Bestehen einer dahingehenden Verpflichtung des Hauptmaklers abzuleiten, dem Untermakler derartige Umstände, die für das weitere Verhalten des Untermaklers von Bedeutung sind, mitzuteilen?

Eine allgemeine Anzeigepflicht für die Parteien eines Vertrags kennt das BGB. nicht. Ihre Ableitung allein aus den §§ 157, 242 BGB. für jeden Vertragskontrahenten erscheint zu weitgehend. Klein S. 109 begründet diese von ihm angenommene allgemeine Anzeigepflicht damit, daß in der Sondergemeinschaft (dem Schuldverhältnis), aus dem beide Teile Vorteile ziehen, jeder Teil nach Treu und Glauben verpflichtet sei, darauf hinzuwirken, daß die Sondergemeinschaft zur Bedürfnisbefriedigung führe, d. h. daß der Endzweck der Sondergemeinschaft erreicht werde. Mache daher diese Erreichung des Endzwecks derartige Benachrichtigungen notwendig, so sei eine Anzeigepflicht gemäß § 242 anzunehmen. Eine derartige allgemeine Anzeigepflicht erscheint mir als zu weitgehend. Nur da, wo die andere Partei ein besonderes Interesse an einer Benachrichtigung hat und

sich eine derartige Kenntnis nur vom Vertragsgegner verschaffen kann, ist eine solche Anzeigepflicht zu bejahen, so z. B. bei bedingten Rechtsgeschäften. Bei diesen spricht ein dringendes Bedürfnis für die Annahme einer solchen Anzeigepflicht. So sagt Kohler S. 172: „Allgemein wird in Fällen, wo nur der eine von den beiden Vertragsparteien den Eintritt der Bedingung wahrnehmen kann, der andere aber ein dem Vertrage entsprechendes und auf ihn gegründetes Interesse hat, den Eintritt der Bedingung zu kennen, ein dahin gehender Wille der Parteien anzunehmen sein, daß der erstere den letzteren von dem Eintritt der Bedingung benachrichtigen muß." (Vgl. auch Staudinger Anm. 1 zu § 158 und Oertmann zu § 160 Nr. 5.)

Wir haben zwar oben S. 20 gesehen, daß es sich bei dem Zustandekommen des Hauptgeschäfts bezüglich der Entlohnung nicht um eine Bedingung im Sinne des § 158 ff. BGB. handelt, sondern um eine Rechtsbedingung. Jedoch ist beim Untermaklervertrage der Verdienst des Untermaklerlohnes abhängig von der Tatsache des Zustandekommens des Hauptgeschäfts, und man muß bezüglich der Kenntnis dieser Tatsache, sobald sie nur einem der Kontrahenten bekannt ist, die Rechtslage analog den bedingten Rechtsgeschäften behandeln, so daß hier aus § 158 ff. zu entnehmen ist, daß die besondere Anzeigepflicht bei einem bedingten Rechtsgeschäfte auch für ein solches mit Rechtsbedingung gelten muß. Würde man bei bedingten Rechtsgeschäften eine derartige Anzeigepflicht nicht annehmen, so würden diese bedingten Rechtsgeschäfte häufig bedeutungslos sein und den Parteien nicht den erstrebten Erfolg ihrer Vereinbarungen verschaffen. Es würde dann, wie Kohler „Anzeigepflicht" S. 172 richtig ausführt, gänzlich in der Hand der einen Partei liegen, den Erfolg des vereinbarten Rechtsgeschäfts zu verhindern. Es erscheint aber bei bedingten Rechtsgeschäften geradezu zwingend, aus den §§ 158 ff. BGB. eine derartige Anzeigepflicht zu entnehmen, denn diese Vorschriften befassen sich mit den Folgen des Bedingungseintritts, setzen damit dessen Kenntnis von beiden Vertragsparteien notwendig voraus. Beim Maklervertrage nun ist die Entstehung des Lohnanspruchs für den Makler abhängig von dem Zustandekommen des Hauptgeschäfts. Das Zustandekommen des Hauptgeschäfts ist Bedingung, und zwar Rechtsbedingung für die Entstehung des Lohnanspruchs. Es handelt sich also bei dem Lohnanspruch des Maklers um ein suspensiv bedingtes Recht im weiteren Sinne, so daß man eine Anzeigepflicht des Geschäftsherrn annehmen muß[52]), auch wenn es sich hier um eine Rechtsbedingung handelt. Will man diese Analogie zu den Bedingungsvorschriften nicht ziehen, so kann man aus § 674 die allgemeine Regel entnehmen, daß der Kontrahent, der die Tätigkeit des anderen für einen bestimmten Zweck in Anspruch nimmt, verpflichtet ist, diesem die Erledigung des Vertragszwecks anzuzeigen[53]). Ebenso Klein, der

[52]) Vgl. Reichel S. 264.
[53]) Vgl. Reichel S. 264.

die S. 10 Anm. 5 für den Maklervertrag speziell aufgeworfene Frage später S. 102 ff. allgemein bejaht, auch Planck S. 1139. A. A. Heymann S. 434, der beim Maklervertrag zwar eine Auskunftspflicht, aber nicht eine Anzeigepflicht aus eigener Initiative des Maklers bejaht, da sie oft ganz überflüssig sei.

Für den Untermaklervertrag läßt sich diese Ansicht Heymanns nicht aufrechterhalten deswegen, weil der Untermakler meist keine Beziehungen zu den Parteien des Hauptgeschäfts haben wird und deshalb eine Anzeige nicht überflüssig ist, sondern geradezu geboten erscheint. Ueberflüssig ist nur die Anzeige dem Vermittlungsmakler selbst gegenüber, nicht aber dem nur nachweisenden Makler und dem Untermakler gegenüber, diese erhalten ja durch ihre Maklertätigkeit nicht unmittelbar Kenntnis von dem Zustandekommen des Hauptgeschäfts, wie es bei dem Vermittlungsmakler der Fall ist. Es besteht daher für den Hauptmakler die Verpflichtung, dem Untermakler von der Beendigung des Maklervertrags Anzeige zu machen, bei Verletzung dieser Pflicht steht dem Untermakler gemäß § 276 BGB. ein Schadenersatzanspruch zu[54]).

c) Haftung für Verschulden des Untermaklers.

Der Hauptmakler muß das Verschulden des von ihm bestellten Untermaklers in gleichem Umfange dem Geschäftsherrn gegenüber vertreten wie eigenes Verschulden. § 278 BGB. kommt hier zur Anwendung[55]). Will man die Vorschrift des § 278 zur Anwendung bringen, so ist zu prüfen, ob der Hauptmakler sich des Untermaklers zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aus dem Maklervertrage bedient.

Wir haben oben S. 24 gesehen, daß der Makler nicht die Verpflichtung hat, auf Grund des Maklervertrages tätig zu werden, ebensowenig wie eine solche Pflicht des Untermaklers aus dem Untermaklervertrage besteht. Wird der Makler resp. der Untermakler jedoch tätig, so hat er dabei gewisse Treupflichten zu beobachten, wie wir auf S. 24 f. ausführten. Er hat also Pflichten, nicht nur eine Potestativbedingung für seine Entlohnung zu erfüllen, auch nicht nur Unterlassungspflichten, sondern auch positive Pflichten, wie z. B. die Pflicht, alle das Hauptgeschäft betreffenden Tatsachen mitzuteilen. Dort, wo eine Leistungspflicht des Maklers besteht, haftet er natürlich für seinen Untermakler, der insofern sein Erfüllungsgehilfe ist, wobei es unerheblich ist, daß eine Leistungspflicht nicht schlechthin, sondern nur dann, wenn der Untermakler tätig wird, besteht. Die anderen Pflichten des Maklers sind sogenannte Unterlassungspflichten – er darf nicht dem Abschluß des Hauptgeschäfts entgegenwirken, und er muß Verschwiegenheit bewahren. Auch die Verpflichtungen, Handlungen zu unterlassen, die die Erfüllung vereiteln können, sind Verbindlichkeiten

[54]) So auch Planck S. 1139.

[55]) So Planck S. 1125, Staub Anm. 34 vor § 93, Groener S. 38, OLG. Hamburg in OLGR. Bd. 36 S. 286. Für eine analoge Anwendung des § 278 spricht sich Reichel S. 125, Wolfstein S. 15, Heymann S. 473 aus.

im Sinne des § 278 BGB. und begründen, wenn der Verpflichtete sich zu deren Erfüllung anderer Personen bedient, dessen Haftung nach § 278 BGB.[56]). Lehmann[57]), der bei den Unterlassungspflichten zwischen unselbständigen negativen Verbindlichkeiten, die bloß die Kehrseite positiver Verpflichtungen sind, und selbständigen Unterlassungspflichten scheidet, will bei ersteren § 278 unmittelbar anwenden, bei letzteren soll § 278 überhaupt nicht zur Anwendung kommen. Diese Lehre ist hier deshalb keiner weiteren Prüfung zu unterziehen, weil Lehmann selbst die Pflichten des Maklers insbesondere aus § 654 BGB. als unselbständige, negative Pflichten ansieht (S. 91), bei denen § 278 direkt Anwendung findet. So erübrigt es sich, im Rahmen dieses Themas auf die abweichende Lehre Lehmanns bezüglich der selbständigen Unterlassungspflichten einzugehen.

Der Hauptmakler haftet demnach unmittelbar, nicht analog, auf Grund des § 278 BGB. für ein Verschulden des Untermaklers wie für eigenes Verschulden.

d) Haftung für zurückzuzahlenden Maklerlohn.

Hat der Geschäftsherr dem Hauptmakler und dieser dem Untermakler die Provision im voraus gezahlt, der Hauptmakler sie aber dann nicht verdient, so haftet der Hauptmakler dem Geschäftsherrn auf Rückzahlung der Provision auch insoweit, als er sie dem Untermakler ausgezahlt hat. Denn der Hauptmakler allein ist gegenüber dem Geschäftsherrn aus dem Maklervertrage berechtigt und verpflichtet. Gegenüber dem Bereicherungsanspruch des Geschäftsherrn kann sich der Hauptmakler nicht gemäß § 818 Abs. 3 darauf berufen, daß er in Höhe des dem Untermakler ausgezahlten Betrages nicht mehr bereichert sei. Auf § 818 Abs. 3 BGB. könnte sich der Hauptmakler dem Geschäftsherrn gegenüber nur dann berufen, wenn die Provision schon verdient, nachher aber das Hauptgeschäft angefochten worden und damit ex tunc nichtig geworden ist und daher die Provision zurückgezahlt werden müßte. Im Falle der Anfechtung des Hauptgeschäfts wird allgemein § 820 Abs. 1 Satz 2 BGB. unanwendbar sein, denn bei der Zahlung des Maklerlohns wird grundsätzlich nicht der Wegfall des Rechtsgrunds durch eine Anfechtung als möglich angesehen worden sein; § 820 Abs. 2 will nur dann die strengere Haftung des Bereicherten eintreten lassen, wenn der Erfolg als ungewiß angesehen wurde, nicht dann, wenn er objektiv ungewiß war[58]). Hat aber der Hauptmakler den Maklerlohn noch nicht endgültig verdient gehabt, vielmehr schon vor dem Zustandekommen des Hauptgeschäfts seine Vergütung erhalten und von dieser dem Untermakler die ihm zugesagte Vergütung abgegeben, so ist § 818 Abs. 3 BGB.

[56]) So Staudinger I 2b zu § 278, Oertmann III 3b zu § 278 und RG. 63 S. 116.

[57]) S. 295.

[58]) Vgl. Oertmann § 820 1a.

nicht anwendbar. Dann war die Vergütung an den Hauptmakler in der Erwartung eines verbindlichen Abschlusses des Hauptgeschäfts ausgezahlt worden. Da der endgültige Abschluß dieses Vertrages bei der Provisionszahlung noch nicht erfolgt war, so ist anzunehmen, daß Geschäftsherr und Hauptmakler den Eintritt des mit der Zahlung bezweckten Erfolgs als noch ungewiß ansahen oder doch damit rechneten, daß der Rechtsgrund, aus dem die Leistung erfolgte, in Wegfall kommen könnte. Der Hauptmakler haftet dann bei Nichteintritt des bezweckten Erfolgs nach § 820 Abs. 1 BGB. so, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zur Zeit des Empfanges rechtshängig geworden wäre (§ 818 Abs. 4 BGB.), und kann sich nicht darauf berufen, daß er nicht mehr bereichert sei[59]).

IV. Erlöschen des Untermaklervertrags.

Der Untermaklervertrag wird, abgesehen von den allgemeinen Erlöschungsgründen der Schuldverhältnisse, wie z. B. Erfüllung, aufgehoben durch den Widerruf, zu dem nach unseren Ausführungen S. 32/33 der Hauptmakler berechtigt ist. Als Hilfsvertrag zur Erreichung der Ziele des Hauptmaklervertrags ist natürlich der Untermaklervertrag stets in den Fällen aufgehoben, in denen der Maklervertrag aufgehoben worden ist, gleichgültig aus welchen Gründen der Maklervertrag sein Ende gefunden hat. Der Untermaklervertrag wird ferner durch den Tod des Untermaklers beendet, da der ganze Vertrag eng an die Person des Untermaklers geknüpft ist. Dieser kann nicht auf die Erben übergehen, ebensowenig wie es beim Maklervertrage im Falle des Todes des Maklers der Fall ist[60]). (Handelt es sich um eine größere Maklerfirma, so wird allerdings eine Fortsetzung des Maklervertrags respektive Untermaklervertrags dem Parteiwillen entsprechen.) Die Geschäftsunfähigkeit des Untermaklers mag wohl rein tatsächlich zum Erlöschen des Untermaklervertrags führen, rechtlich ist die Geschäftsunfähigkeit des Untermaklers jedoch kein Erlöschungsgrund für den Untermaklervertrag, da die Tätigkeit des Untermaklers eine rein faktische ist[61]). Dagegen bringt der Tod des Geschäftsherrn grundsätzlich den Maklervertrag und damit den Untermaklervertrag nicht zum Erlöschen[62]). Denn der Maklervertrag als solcher und erst recht der Untermaklervertrag ist an die Person des Geschäftsherrn nicht gebunden, der Erbe des Geschäftsherrn ist zum Abschluß des vom Makler vermittelten Vertrags zwar nicht verpflichtet, aber die Verpflichtung zur Provisionszahlung muß für den Fall, daß er abschließt,

---

[59]) Vgl. Jacusiel S. 158, Staub Anm. 34 vor § 93, RG. in LZ. 1920 S. 158 = BayZ. 1919 S. 283.

[60]) Vgl. Planck S. 1126, Bem. 5 b α vor § 652, Düringer-Hachenburg, Anm. 15 vor § 93, Jacusiel S. 161 und Heymann S. 467.

[61]) So für den Maklervertrag: Reichel S. 216 und Heymann S. 467.

[62]) Vgl. Staub 42a vor § 93, Heymann S. 467, Jacusiel S. 162 und RG. 47 S. 253.

ohne weiteres auf den Erben übergehen. Jedoch kann sich aus dem Inhalt des Maklervertrags im besonderen Falle ergeben, daß der Maklervertrag durch den Tod des Geschäftsherrn gegenstandslos geworden ist, das ist dann der Fall, wenn der Geschäftsherr ein höchst persönliches Interesse am Abschluß des Hauptgeschäfts hatte, das mit seinem Tode in Wegfall kommt[63]). In einem solchen Falle würde dann auch der Untermaklervertrag erlöschen, da dieser ja als Hilfsvertrag zur Erreichung der Ziele des Hauptmaklervertrags bei Erlöschen dieses Vertrags begrifflich stets zum Erlöschen kommen muß. Der Tod des Hauptmaklers wird dagegen stets das Ende des Untermaklervertrags zur Folge haben, da damit ja auch der Maklervertrag in Fortfall kommt. Da der Untermaklervertrag ein Vertrag ist, durch den sich der Hauptmakler die Hilfe eines Untermaklers bei seiner Maklertätigkeit sichert und diese Maklertätigkeit durch den Tod des Hauptmaklers in Wegfall kommt, so erledigt sich auch hier der Zweck des Untermaklervertrags; der Abschluß des Hauptgeschäfts durch die Tätigkeit des Hauptmaklers auf Grund der vom Untermakler verschafften Unterlagen ist nunmehr unmöglich.

Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptmaklers hebt den Untermaklervertrag in der Regel auf (vgl. § 23 der Konkursordnung). Bei der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Geschäftsherrn sprechen sich Jäger Anm. 7 zu § 23 KO., Staub 42 a vor § 93, Düringer-Hachenburg Anm. 18 vor § 93, Heymann S. 469 und jetzt auch Jacusiel S. 163 für die Anwendbarkeit des § 23 Abs. 2 KO. auf den Hauptmaklervertrag aus. A. A. Reichel S. 217. Es ist hier der ersten Meinung der Vorzug zu geben, obwohl dem Gesetzestexte nach der Maklervertrag nicht unter den § 23 KO. fällt. Aber sinngemäß muß hier die Besorgung von Geschäften in einem weiteren Sinne verstanden werden, da jedes derartige Geschäft, das sich auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht, kraft Gesetzes erlöschen soll und rein faktisch die Tätigkeit des Maklers in der Besorgung von Geschäften für fremde Rechnung besteht. Dasselbe muß bei dem Untermaklervertrag für den Fall des Konkurses des Hauptmaklers gelten, so daß dann der Untermaklervertrag zum Erlöschen kommt. Der Konkurs des Untermaklers ist jedoch kein rechtlicher Erlöschungsgrund für den Untermaklervertrag, ebensowenig wie der Konkurs des Maklers den Hauptmaklervertrag zum Erlöschen bringt. Denn die Arbeitskraft des Untermaklers wird ebensowenig wie die des Hauptmaklers durch den Konkurs ergriffen[64]), und im übrigen steht es dem Hauptmakler resp. dem Geschäftsherrn frei, jederzeit den Untermaklervertrag resp. den Maklervertrag zu widerrufen[65]).

[63]) Vgl. auch Reichel S. 216.

[64]) Vgl. Heymann S. 468.

[65]) Hiermit übereinstimmend: Jäger Anm. 15 zu § 23 KO., Staub Anm. 42 vor § 93, Düringer-Hachenburg Anm. 18 vor § 93.

Druck: Hans Heenemann, Berlin W.